

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN COMO MECANISMO
DEFRAUDADOR DE LA LEY EN CASOS DE MATERNIDAD
SUBROGADA: IMPLICANCIAS Y RECOMENDACIÓN**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**AUTORA
ANA CLAUDIA VISCONDE COLICHON**

**ASESORA
Mgtr. ERIKA JANET VALDIVIESO LÓPEZ**

Chiclayo, 2019

Dedicatoria

A mis padres, que son mi motivo y razón para seguir esforzándome a ser siempre una mejor persona y lograr mis metas como futura profesional.

Agradecimiento

A Dios, por darnos la vida, por ser la luz que me ha brindado fuerzas en los momentos de debilidad, por darme calma y paz en los momentos que más necesitaba.

A mis padres, a los cuales amo de manera incondicional, por hacer de mí una mujer de valores, por darme una vida llena de aprendizaje, experiencias y sobre todo felicidad; en definitiva, por ser mi razón de ser.

A mi abuela Juanita, por ser una de las personas más importantes en mi vida, por manifestarme siempre su amor y apoyo incondicional y por enseñarme que nunca debo rendirme porque Dios nunca me abandonará.

A Andrei, por exigirme e impulsarme en los momentos cruciales.

Y, por último, y no menos importante, a mi asesora la Dra. Erika Valdivieso López, muy querida profesora y asesora de tesis, por su paciencia, buen ánimo y tiempo para conmigo.

Índice

RESUMEN	6
ABSTRACT.....	7
I. INTRODUCCIÓN.....	8
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA / MARCO TEÓRICO	11
CAPÍTULO I: LIBERTAD REPRODUCTIVA COMO FUNDAMENTO DE NUEVOS DERECHOS	11
1.1. Antecedentes del reconocimiento de los derechos de las mujeres	11
1.1.1. Feminismo liberal o feminismo de la primera ola	11
1.1.2. Feminismo radical o feminismo de la segunda ola	15
1.1.3. Feminismo de la diferencia	22
1.1.4. Conferencias Mundiales sobre la Mujer: Beijing	23
1.1.5. Ideología de género	29
1.2. Contenido de los derechos sexuales y reproductivos	33
1.2.1. Derecho a la Maternidad y planificación familiar	33
1.2.1.1. Derecho a la Maternidad	33
A. El derecho a la no interferencia en la vida reproductiva.....	36
B. El derecho a una vida laboral sin discriminación.	37
C. El derecho a tener el apoyo de la sociedad	37
1.2.1.2. Derecho a la planificación familiar	38
1.2.2. “Derecho” al aborto	42
1.2.3. “Derecho” al hijo	46
1.2.4. Derecho al acceso a la Fecundación in vitro	49
1.3. Reconocimiento legal de la libertad reproductiva	52
1.3.1. Reconocimiento a nivel internacional	52
1.3.1.1. La anticoncepción oral de emergencia (AOE)	52
1.3.2. Reconocimiento a nivel nacional	56
1.3.2.1. K.L. vs Perú – Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas	56
1.3.2.2. Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica.....	59
1.4. Colofón.....	62
CAPÍTULO II: VIENTRE DE ALQUILER COMO PRÁCTICA SOCIALMENTE ACEPTADA Y SUS MECANISMOS DE INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	65
2.1. Vientre de alquiler	65
2.1.1. Aspectos generales sobre el vientre de alquiler	65
2.1.1.1. Antecedentes del vientre de alquiler	65
2.1.1.2. Definición y tipos de la maternidad subrogada o vientre de alquiler	67
2.1.1.3. Tratamiento legal en el Perú	71
A. Casación N° 563 – 2011 Lima	76
B. Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 Lima.....	78

2.1.2. Situación legal de la maternidad subrogada a nivel internacional	82
2.1.2.1. Países que contemplan la práctica del vientre de alquiler	83
A. Estados Unidos.....	83
B. Estado de México.....	85
C. India	86
2.1.2.2. Países que no contemplan la práctica del vientre de alquiler	88
A. Suiza.....	88
B. Grecia.....	88
C. Alemania	89
D. España.....	89
2.1.2.3. Dimensiones referentes al vientre de alquiler.....	91
A. Aspecto Bioético	91
B. Aspecto Jurídico.....	96
2.2. Mecanismo de inserción de la práctica de vientre de alquiler en el ordenamiento jurídico	
100	
2.2.1. Adopción por excepción	100
2.2.2. Casuística Jurídica	104
2.3. Implicancias de la aceptación del mecanismo defraudador de la ley en casos de maternidad	
subrogada o vientre de alquiler	106
2.3.1. El fraude a la ley	106
2.3.1.1. Antecedentes y naturaleza jurídica del fraude a la ley	106
2.3.1.2. Definición de fraude a la ley	107
2.3.1.3. El fraude a la ley en los sistemas jurídicos.....	108
A. Legislación comparada.....	108
B. Legislación nacional.....	111
2.3.2. Efectos del reconocimiento jurisprudencial de la práctica del vientre de alquiler.....	115
2.3.2.1. Con relación al Estado	116
2.3.2.2. Con relación a los involucrados en esta práctica.....	123
A. Padres contratantes y madre gestante	123
B. Concebido	128
CAPÍTULO III: LÍMITES JURÍDICOS DE LA PRÁCTICA DEL VIENTRE DE ALQUILER Y LA	
IMPORTANCIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	130
3.1 LÍMITES JURÍDICOS DE LA PRÁCTICA DE VIENTRE DE ALQUILER.....	130
3.1.1. Dignidad de la persona.....	130
3.1.1.1. Planteamiento histórico – filosófico de la dignidad	130
A. Concepción Platónica.....	133
B. Concepción Kantiana	139
3.1.1.2. La Dignidad humana desde el Derecho.....	142
A. Dignidad como base de los Derechos Humanos.....	142
B. Valor normativo de la dignidad humana	143
C. Funciones de la dignidad humana dentro de la Constitución.....	146
3.1.2. El principio del Interés Superior del Niño.....	148

3.1.2.1.	Aspectos generales sobre el principio del Interés Superior del Niño	149
A.	Definición del Principio del Interés Superior del Niño	149
B.	Características del Interés Superior del Niño	150
3.1.2.2.	Principios del Interés Superior del Niño en instrumentos internacionales	153
A.	Declaración Universal de los Derechos del Niño	153
B.	Convención sobre los Derechos del Niño.....	155
3.1.2.3.	Principio del Interés Superior del Niño en el sistema legal peruano	158
3.1.3.	Ejercicio abusivo del derecho	161
3.1.3.1.	Evolución histórica entorno al abuso del derecho	161
3.1.3.2.	Explicación doctrinaria sobre el abuso del derecho	163
3.1.3.3.	Definición del abuso del derecho.....	167
3.1.3.4.	El abuso del derecho en los sistemas jurídicos.....	170
A.	Legislación Nacional.....	170
B.	Legislación Internacional	174
3.2	<i>IMPORTANCIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE FAMILIA Y RECOMENDACIÓN</i>	178
III.	CONCLUSIONES	184
IV.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	185

Resumen

Esta investigación versará principalmente sobre la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler, que se encuentra actualmente ingresando a nuestro ordenamiento jurídico a través de un mecanismo lícito como es la adopción por excepción. Esto desencadena una serie de conflictos porque se trataría de un fraude a la ley. En este sentido y para su total comprensión, se abordará la evolución del derecho a la libertad reproductiva y en qué momento el ejercicio abusivo de este derecho ha generado en la sociedad posturas favorables a la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler. El análisis que realizaremos sobre el tema en cuestión nos permitirá determinar cómo afectaría al ordenamiento jurídico en general y a los sujetos de derecho en particular el reconocimiento jurisprudencial de esta práctica. Finalmente se concluirá con la determinación de la importancia de las políticas públicas con enfoque de familia que debe implementar el Estado.

Palabras claves: Maternidad subrogada, vientre de alquiler, adopción por excepción, fraude a la ley, políticas públicas con enfoque de familia.

Abstract

This research will focus mainly on the practice of surrogacy or rented maternity, which is currently entering our legal system through a lawful mechanism such as adoption by exception. This triggers a series of conflicts because it would be a fraud against the law. In this sense and for your full understanding, the evolution of the right to reproductive freedom will be addressed and at what time the abusive exercise of this right has generated in society favorable positions for the practice of surrogacy or rented motherhood. The analysis that we will carry out on the subject in question will allow us to determine how the jurisprudential recognition of this practice would affect the legal system in general and the subjects of law in particular. Finally, it will be concluded with the determination of the importance of public policies with a family approach that the State must implement.

Keywords: Surrogate motherhood, rent belly, adoption by exception, fraud to the law, public policies with a family approach.

I. Introducción

En el Perú, no existe un reconocimiento jurídico de la maternidad subrogada o vientre alquiler, es más, tampoco existe prohibición expresa; sin embargo, el artículo Art. 7° de la Ley General de Salud se presenta como límite para esta práctica, al señalar que¹:

“toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Pese a ello, el 06 de diciembre de 2011 se presentó el primer caso con tratamiento a nivel judicial de maternidad subrogada en el Perú² resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Casación N° 563-2011-Lima³. Este caso, no trataba directamente sobre la maternidad subrogada, sino que tenía como materia la adopción por excepción; que encubría evidentemente un acto de maternidad subrogada. Este acto que, si bien fue plenamente identificado por los magistrados, no fue desarrollado a cabalidad y, por el contrario, solo cuestionaron “la conducta de la madre biológica y gestante, justificando la de los pre adoptantes, pese a que confluyen en un mismo hecho”⁴.

Al final, el argumento de la Sala para fallar a favor de los demandantes se resume en lo siguiente: “al encontrarse ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de la niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño”⁵.

¹ Cfr. Ley N° 26842. Ley General de Salud. [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/284868/ley-general-de-salud.pdf>

² Así lo reporta el DIARIO PERUANO EL COMERCIO: “El primer caso de vientre de alquiler fue resuelto por el Poder Judicial. La justicia favoreció a los padres adoptivos por sobre los biológicos, en una demanda que involucraba a dos hermanos” del 17 de noviembre de 2012 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <https://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/primer-caso-vientre-alquiler-fue-resuelto-poder-judicial-noticia-1497716>

³ CASACIÓN N° 563-2011-LIMA [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES>

⁴ VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Para determinar el contenido de los derechos ¿tienen límite los jueces? A propósito de un caso peruano de vientre de alquiler. 2013 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2613/1/limite-jueces-vientre-alquiler.pdf>

⁵ CASACIÓN N° 563-2011-Lima. Op. Cit., p.11.

Con este fallo, la Corte Suprema le otorga erróneamente a la maternidad subrogada o vientre de alquiler – cuya práctica sería un acto jurídico inexistente, por encontrarnos frente a una imposibilidad jurídica – un reconocimiento jurisprudencial que abriría “el camino que permitirá que los “padres” apelen a la justicia para solucionar controversias derivadas de esta práctica”⁶.

Por ende, si analizamos la Casación N° 563-2011-Lima, descubrimos que la práctica del vientre de alquiler estaría ingresando a nuestro sistema jurídico como una práctica lícita, pues está siendo cubierta por un acto jurídico reconocido y permitido por nuestro ordenamiento, como es la adopción por excepción.

Es evidente que la sociedad pretende buscar la legitimación del vientre de alquiler, y al hacerlo, trasgrede o excede la aplicación de ciertos principios: trasgrede la dignidad de las personas involucradas y excede el ejercicio de la libertad, tratando de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico prácticas y facultades que se contraponen a lo establecido en nuestra constitución. Muestra de ello es la Casación N° 563-2011-Lima, en donde se ha camuflado la maternidad subrogada bajo la figura de la adopción por excepción. Pero, esta “legitimación jurídica” no es suficiente para entender el vientre de alquiler como una práctica que desarrolle efectos jurídicos. Siendo de esta manera la realidad jurídica, jurisprudencial y social del Perú, es que nos planteamos la siguiente pregunta de investigación ¿Cuáles serían las consecuencias de permitir a nivel jurisprudencial que la adopción por excepción se manifieste como el mecanismo legal que introduce la práctica de vientre de alquiler en nuestro ordenamiento jurídico?

Por tanto, si, partimos de la consideración de que la maternidad subrogada es una conducta antijurídica que se encuentra prohibida por el Art. 7 de la Ley General de Salud, entonces resulta errado que los jueces busquen legitimar por la vía jurisprudencial dicha práctica (Casación N° 563-2011-LIMA), puesto que no solo permiten su encubrimiento bajo la figura de la adopción por excepción y un atentado contra la dignidad de la persona, sino que también ocasionan una defraudación a la ley, incumpliendo así con su labor de impartición de justicia.

⁶ VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit., p. 2.

En este sentido, lo que pretende la presente investigación es determinar cómo afectaría al ordenamiento jurídico en general y a los sujetos de derecho en particular el reconocimiento jurisprudencial de la práctica de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, nuestro estudio está dividido en tres capítulos, cada uno con una idea muy particular que permitirá entender de manera precisa las implicancias que conllevan la práctica de la maternidad subrogada o vientre de alquiler.

El primer capítulo tiene como objetivo explicar cómo el ejercicio abusivo de la libertad reproductiva a lo largo de su evolución fomenta la práctica de vientre de alquiler. Por lo cual desarrollaremos los antecedentes del reconocimiento de los derechos de la mujer que desembocaron en el derecho a la libertad reproductiva, a fin de situarlos en su real contexto y esclarecer en qué momento este derecho, ejercido de manera abusiva, pretendió crear “nuevos” derechos que atentan contra la dignidad del ser humano.

En el segundo capítulo, una vez definido lo anterior, trataremos de Identificar las implicancias de la inserción del vientre de alquiler como práctica socialmente aceptada. Para cuya finalidad desarrollaremos lo que implica la práctica de maternidad subrogada, haciendo hincapié en su ilegalidad e identificando los efectos que generaría hacia el ordenamiento jurídico y los implicados en dicha práctica.

En este orden de ideas, en el último capítulo, procederemos a esclarecer cuáles serían los límites jurídicos de la práctica del vientre de alquiler y la importancia de las políticas públicas para ello, para lo cual identificaremos sus límites y plantearemos la importancia de las políticas públicas con enfoque de familia que debe adoptar el Estado, con la finalidad de no permitir el reconocimiento judicial de esta práctica y, por ende, evitar con ello la afectación a la dignidad del ser humano.

Con este fin, haremos uso del método cualitativo en la vertiente de la investigación analítica e interpretativa, utilizando para ello, el análisis y la síntesis como procedimientos; y como técnicas la observación indirecta y el fichaje con fichas bibliográficas, textuales y de resumen, que permitirán recoger, organizar y presentar la información extraída de las fuentes primarias.

II. Revisión de la literatura / marco teórico

CAPÍTULO I: LIBERTAD REPRODUCTIVA COMO FUNDAMENTO DE NUEVOS DERECHOS

La libertad reproductiva en la actualidad se presenta como un elemento justificante de la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler. Así, las personas que realizan esta práctica sustentan su legalidad en dicha libertad; y en base a ello buscan el reconocimiento de nuevos derechos – derecho al hijo, al aborto, etc. – por considerarlos como parte extendida de dicha libertad, sin reconocer límites – no respetando la vida del concebido –.

1.1. Antecedentes del reconocimiento de los derechos de las mujeres

1.1.1. Feminismo liberal o feminismo de la primera ola

Es pertinente señalar que el empoderamiento del hombre sobre la mujer tiene sus inicios desde épocas históricas, en la cual, la mujer fue asociada con las labores domésticas, la procreación y por ende la encargada del cuidado de los hijos. Así, tanto en Roma como en Grecia, las mujeres jamás poseyeron capacidad política, no eran miembros de *la polis* y no tenían capacidad de obrar⁷. Lo cual, al pasar los años se volvió una constante realidad para la mujer, tanto así, que autoras como JUTTA BURGGRAF, señalaba que⁸:

“(...) la miseria comenzó ya en las antiguas civilizaciones. Fue entonces cuando Aristóteles erigió la tesis de que la naturaleza había creado algunos individuos para que éstos mandasen sobre los demás, y otros para que los obedeciesen. Entre los primeros estarían por supuesto, los varones, entre los segundos, las mujeres (...)”

Es por lo que, cansadas de tanta sumisión y discriminación, se movilizaron en busca de la libertad e igualdad de derechos, surgiendo así el movimiento feminista que, si bien a lo largo de los años ha obtenido logros significativos, ha evolucionado a tal punto que actualmente ha tomado posturas distantes a las

⁷ CASTAÑO CARDONA, Ramiro. Historia de Roma y del derecho romano, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2006. p. 52

⁸ BURGGRAF, Jutta. Hacia un nuevo feminismo para el siglo XXI, San José, Editorial Promesa, 2001. pp.12 y 17.

perseguidas en sus inicios, optando por ideales que denigran la dignidad humana, como por el ejemplo la legalización del aborto.

El feminismo puede entenderse como un movimiento y como una actitud. Como movimiento, tiene una historia de algo más de cien años, no es unitario, sino que se encuentra dividido en múltiples grupos, y se ha extendido a bastantes países del mundo⁹. Como actitud, responde a una sensación de descontento y de reivindicación entre algunas mujeres¹⁰. Justamente es esta actitud la cual ha ido tergiversándose a lo largo de los años; pasando de un ideal de justicia – entiéndase como tal a la búsqueda de igualdad de derechos entre hombres y mujeres – a un abuso del derecho de las libertades correspondientes a todo ser humano, conllevando con ello la búsqueda de la legalización del aborto, la eutanasia, el vientre de alquiler, etc.

Además, se presenta como un hecho social, y por ser tal, en ninguna circunstancia se puede tomar como un fenómeno aislado; el cual se origina tras una serie de acontecimientos históricos¹¹ – como el liberalismo, el marxismo y la revolución industrial, los cuales, si bien estuvieron marcados por un claro fundamento económico, no se puede olvidar que, en su ámbito social, surgió el feminismo de manera sorpresiva para buscar cambios fundamentales en favor de la mujer – que produjeron de manera paulatina la inserción de las mujeres trabajadoras en la clase proletaria; sumado a estos sucesos, se encuentran las fuerzas democráticas que se han concretado en las sucesivas formulaciones de los Derechos Humanos, en específico, de los Derechos de la Mujer¹².

⁹ Al feminismo podemos entenderlo como un movimiento expansivo que, a lo largo de los años al verse influenciada por algunas corrientes, se han generado ramificaciones de la misma como, por ejemplo: feminismo radical, negro, socialista, liberal, ecofeminismo, igualitario, etc.

¹⁰ NAVARRO FERRER, Ana. *Feminismo, familia, mujer*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1982, p.21.

¹¹ ZEGARRA FLORES, Margarita. *María Jesús Alvarado: la construcción de una intelectual feminista en Lima, 1878-1915*, Tesis para optar el grado de magíster en historia, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 2011, p.21.

¹² La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue promulgada en 1948. En 1967 lo sería la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.

Dentro de estos sucesos históricos encontramos a la Revolución Francesa (1789)¹³, que planteó como objetivo central la conquista de la igualdad jurídica y de las libertades y derechos políticos del hombre. Sin embargo, existía la contradicción en cuando a los logros de dichas luchas puesto los mismos no recaían en la mujer; por cuanto los Derechos del Hombre y del Ciudadano que proclamaba la Revolución Francesa se referían en exclusiva al “hombre” y no al conjunto de los seres humanos¹⁴; esto exacerbó a las mujeres, las cuales entendieron que debían luchar para conquistar su reconocimiento, encontrando su primer logro con el derecho al sufragio¹⁵; asimismo, resulta relevante mencionar a la corriente marxista como una ideología influyente en aquella época, aquella que si bien no tuvo como propósito la búsqueda de la lucha de la igualdad de la mujer, fue acogida por la corriente feminista de tal manera que buscó acoplar la filosofía marxista dentro de sus ideales, tal como se explicará a continuación.

La corriente marxista gira principalmente en torno a las relaciones socioeconómicas que caracterizan a la Europa del siglo XIX en el momento posterior al estallido de la Revolución Francesa y en el periodo histórico en el cual la industrialización cambió profundamente las formas sociales y económicas conocidas hasta el momento, teniendo como base de la organización social la división de clases¹⁶.

Es precisamente esta división de clases sociales – que va determinada por el aspecto económico – la cual genera en el feminismo cierta afinidad, puesto la mujer se reconoce en una condición de opresión frente al hombre, esto en razón de que, para dicha época, se consideraba que *“para el burgués su mujer no es otra cosa que un instrumento de producción”*¹⁷.

¹³ Si bien la Revolución Francesa, se presenta como principal motor para la creación de los movimientos feministas, también resulta necesarios destacar otras revoluciones liberales-burgueses que buscaban la igualdad del hombre como por ejemplo la Independencia de los Estado Unidos de América en 1776.

¹⁴ NIKKEN, Pedro. “La protección de los derechos humanos haciendo efectivo la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, Revista IIDH N° 52, diciembre 2010, pp. 33-51.

¹⁵ La legislación internacional reconoció el sufragio femenino a través de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En 1948, las Naciones Unidas aprobaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁶ MARTORELL Jordi, Razón y Evolución, Madrid, Editorial Fundación Federico Engels, 2008, p. 14

¹⁷ GALMARINI, Marco Aurelio, La historia de las mujeres, Madrid, Taurus, 2001, p. 45.

Se presenta al hombre como parte de la clase dominante que busca oprimir a la mujer, relegándola a ciudadana de segunda clase, encargada solo de la reproducción y por ende del cuidado de la familia, cabe resaltar que esta última labor no la convertía en jefe del hogar, puesto por el contrario era en este ámbito donde realmente se vislumbraba la desigualdad y la degradación de la mujer a mano de sus esposos.

SHULAMITH FIRESTONE¹⁸ en su ya clásico *La dialéctica de los sexos* (1971) sostiene que las mujeres constituyen una clase social, pero señala que:

"al contrario de las clases económicas, las clases sexuales resultan directamente de una realidad biológica; el hombre y la mujer fueron creados diferentes y recibieron privilegios desiguales".

Esta autora, propone la creación de una nueva organización social por la misma realidad biológica distinta del hombre y de la mujer, la cual, si bien debe tener una diferenciación en cuanto a la debilidad del sexo femenino, debe ser en una proporción medida y en cuanto no se aleje de lo justo.

Sin embargo, esta “nueva organización social” propuesta por Firestone, se presentó como una búsqueda implacable de distinción, incitando de manera revolucionaria a las mujeres de la época a exigir sus derechos¹⁹:

“Asegurar la eliminación de las clases sexuales requiere que la clase subyugada (las mujeres) se alce en revolución y se apodere del control de la reproducción; se restaure a la mujer la propiedad sobre sus propios cuerpos, como también el control femenino de la fertilidad humana. (...) Y así como la meta final de la revolución socialista era no sólo acabar con el privilegio de la clase económica, sino con la distinción misma entre clases económicas, la meta definitiva de la revolución feminista debe ser igualmente a diferencia del primer movimiento feminista no, simplemente acabar con el privilegio masculino sino con la distinción de sexos misma: las diferencias genitales entre los seres humanos ya no importarían culturalmente”.

Dentro de este marco de sucesos opresores para la mujer, el feminismo liberal o de primera ola vio necesario gestar una lucha por la eliminación de las diferencias culturalmente arraigadas entre varón y mujer, características diversas

¹⁸ SHULAMITH, F. *La dialéctica del sexo*, Barcelona, Editorial Kairos, 1976. p. 93.

¹⁹ *Ibíd.* p. 12.

que – a su modo de ver – “*no eran fruto de un hecho biológico, sino más bien, de un condicionamiento social que apresaba y sometía a la mujer*”²⁰. He aquí en donde se puede vislumbrar claramente cómo el feminismo de la primera ola adopta la ideología marxista que iba relacionada a la opresión por diferenciación de clases sociales y la transforma en un conflicto de opresión social sexista, orientada a la subordinación de la mujer frente al hombre.

Sin embargo, la política liberal no siempre fue compartida por las jóvenes mujeres que no contemplaban cambios extremos ante las protestas pacíficas de las liberalistas, surgiendo así el movimiento de izquierda o el feminismo radical²¹; Aquel que se caracterizaría por su aversión al liberalismo y el cual se convertiría en “*el verdadero protagonista de las décadas de los sesenta y setenta*”²².

Así, apareció en escena después de la segunda Guerra Mundial, el feminismo radical o feminismo de la segunda ola; atribuyéndosele su surgimiento a BETTY FRIEDAN y a su obra “*La Mística de la Feminidad*”. Sin embargo, en Francia, Simone de Beauvoir es considerada como la intelectual del feminismo moderno, publicando en 1949 los dos tomos de “*El segundo sexo*”²³.

1.1.2. Feminismo radical o feminismo de la segunda ola

Posteriormente, la década de los 60's se presenta para las mujeres como una década marcada por la discriminación, una discriminación que marcó no solo la diferenciación del género, sino también la pauta para la diferenciación social y racial. La mujer pasó a ser reprimida y opacada por el hombre, pues era solo este el que ostentaba el dominio social. Es así, que es en esta década que surgen los primeros grupos feministas socialistas como oposición a un sistema sexista, racista, clasista e imperialista²⁴. Siendo BETTY FRIEDAN la que contribuyó a fundar en 1966 la que ha llegado a ser una de las organizaciones más feminista y poderosa

²⁰ VASSALLO CRUZ, Kathya. “De-construcción histórica del feminismo: ¿Un atentado ideológico planificado contra la familia?”, Revista de Investigación Jurídica IUS, N° 6, setiembre 2013, p. 3.

²¹ PERONA, J. “El feminismo americano de post-guerra” Revista de Filosofía, Derecho y Política N°9, enero 2009. pp.25 – 60.

²² Ibídem. p. 45.

²³ MARTIN GAMERO, A. Antología del feminismo, Madrid, Alianza Editorial, 1975. pp.41-43.

²⁴ DE LA HERAS AGUILERA, Samara. “Una aproximación a las teorías feministas”, Revista de Filosofía, Derecho y Política N° 9, enero 2009. [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <http://universitas.idhbc.es/n09/09-05.pdf>

de Estados Unidos, y sin duda la máxima representante del feminismo liberal, la Organización Nacional para las Mujeres (NOW)²⁵.

Las primeras feministas que integraron el movimiento liberal se encontraron con una realidad en donde la mujer quedaba excluida de la esfera pública, entendiéndose por esta el ámbito político, jurídicos, económicos y cultural; lo que motivó a sostener la defensa de la igualdad de derechos entre ambos géneros.

Sin embargo, el cómo manejó esta corriente la manifiesta discriminación de la mujer, tuvo consecuencias negativas; no sólo para la sociedad en su conjunto, sino para la realización personal de la mujer²⁶, puesto este feminismo implicó²⁷:

“(...) una defensa de la mujer sobre unos supuestos claros: la devaluación de lo específico femenino, como la maternidad, el cuidado de la familia, de los débiles y enfermos, y la potenciación del ámbito de lo público. En definitiva, se presuponía que, para realizarse personalmente, la mujer tenía que renegar de aquellas actividades que, tradicionalmente, habían constituido su espacio social, asumiendo los valores modernos de la productividad y el éxito”.

Se promovió una libertad negativa, reclamando para sí, una mayor autonomía sobre su cuerpo y un libre desarrollo de su sexualidad, *“(...) de modo que una de las primeras aspiraciones del movimiento inicial, sería la legalización del aborto”*²⁸, convirtiendo con ello a la maternidad y la responsabilidad que de esta se infiere en un obstáculo para su libre realización.

Este feminismo radical o neofeminismo sostiene que las mujeres estarían oprimidas por las instituciones patriarcales que tienen el control sobre ellas y, fundamentalmente, sobre su reproducción²⁹. Lo cual manifiesta que para este movimiento la mayor contradicción social que sufre la mujer se produce en función del sexo, buscando promulgar por ello diversas propuestas que mejoren la calidad social de la mujer.

²⁵ Ibídem. p. 10.

²⁶ VASSALLO CRUZ, Kathya. Op. Cit., p.7.

²⁷ APARISI, Ángela y BALLESTEROS, Jesús. Por un feminismo de la complementariedad, Navarra, EUNSA, 2002. p. 9.

²⁸ DURAN Y LALAGUNA, Paloma. Sobre el género y su tratamiento en las Organizaciones Internacionales, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007. p.20.

²⁹ NIKKEN, Pedro. Ob. Cit., p.52.

Es así, que el feminismo radical tiene como objetivos centrales: retomar el control sexual y reproductivo de las mujeres y aumentar su poder económico, social y cultural; destruir las jerarquías y la supremacía de la ciencia; crear organizaciones no jerárquicas, solidarias y horizontales; romper con la idea de los factores biológicos como caracteres dominantes del ser³⁰. Esta corriente considera injusta la opresión por el sexo, por lo cual, busca destacar las cualidades de la mujer como un ser igualitario al varón por cuando su propia condición de ser humano, llegando incluso a revalorizar de manera negativa la condición de la maternidad, porque se consideraba que esta condición le disminuía a la mujer las posibilidades de crecimiento social, profesional, etc.

Así mismo, es irracional pretender subsumir a la persona en el ámbito de lo femenino o masculino por el solo hecho de conocer los factores biológicos del ser humano; puesto de ser este el caso, la imposición de la maternidad prevalecería sobre todas y cada una de las mujeres, sin importar la decisión de cada una; ya que, por el solo hecho de ser mujer, esta se encontraría orientada a la procreación.

En esta línea de ideas, SIMONE DE BEAUVOIR manifiesta que³¹ “(...) *no se nace sensible, callada, sumisa, impresionable, dócil, indecisa, en definitiva, oprimida (...)*”.

Es decir, la estructura biológica que conforma a la mujer no viene predefinida, no siendo las características antes mencionadas atribuciones inherentes a esta, sino que por el contrario es una creación socio-cultural³², de dicha época, la cual buscaba convertir a la mujer en un ser sumiso y dominado, siendo este básicamente el panorama característico de la mujer. Cabe resaltar que, si bien la autora hace referencia únicamente a la formación del carácter de la mujer, más adelante, otras corrientes como la ideología de género tomarán este aspecto socio-cultural como una condición para determinar la sexualidad de la persona.

³⁰ NIKKEN, Pedro. Ob. Cit., p.53.

³¹ LOPEZ PARDINA, Teresa. “Beauvoir, la filosofía existencialista y el feminismo”, Instituto de Investigación Feminista UCM”, N° 1, junio 2009, p. 101.

³² Ibídem., p. 102.

Para autores como ANGELA APARISI y JESÚS BALLESTEROS³³ el feminismo liberal – radical se resume, en el deseo que tiene la mujer por tener los mismos derechos que el varón, teniendo derecho así al acceso a todos los lugares a los que puede acudir este, perdiendo para esto en algunos casos, su identidad como mujer. Es así como³⁴:

“(...) se proponía la existencia de lugares reservados, para unos y otros. Lo cual, en principio, es completamente positivo. La dificultad radica en que, para entrar en algunos, o en muchos lugares, se exigió que la mujer se comportara como un varón, lo que acabó comportando la pérdida de identidad femenina (...)”.

Entonces, nos encontraríamos en el supuesto en el cual la mujer buscaba desesperadamente adquirir los mismos derechos del hombre – siendo esto errado, en cuanto ambos tienen los mismos derechos – sin importarle que en el proceso esta perdiera su identidad y adoptara comportamientos masculinos con tal de encajar en la sociedad. Una sociedad dominada por el patriarcado.

Por el contrario, otros autores consideraban que con el feminismo se buscó que, los “valores femeninos” se consideren como valores de todos, por cuanto el varón tiene las mismas responsabilidades que la mujer e incluso profundizando más en el aspecto ontológico señalaban que³⁵:

“El varón y la mujer pueden realizar las mismas funciones o desempeñar idéntico trabajo, pero uno lo hará varonilmente y la otra femeninamente, porque ambos son distintos. Pero son también complementarios; el varón es para la mujer y la mujer para el varón (...) puesto el hombre es en cuanto es en relación con los otros”

Desde este punto de vista, se considera que lo que realmente se debe tener en cuenta es el cuidado de la dignidad humana, dejando de lado el conflicto de la diferencia del género, puesto se reconoce que existe una diferencia, pero no necesariamente con ello debe existir un conflicto, haciendo hincapié en que el hombre es más él mismo, cuando se encuentra dentro de una relación armoniosa con los demás.

³³ APARISI, Angela y BALLESTEROS, Ob. Cit. p. 9.

³⁴ APARISI, Angela y BALLESTEROS, Ob. Cit. p. 10.

³⁵ BOFF, Leonardo. Visión ontológica-teológica de lo masculino y lo femenino, Barcelona, Convergencia, 1974, p. 975.

Para ANA NAVARRO FERRE³⁶, las dos metas genéricas perseguidas por el este feminismo consisten en:

- La revolución sexual, o cambio sustancial en la identidad femenina, buscando la disociación entre el sexo y la procreación.
- La revolución social, o transformación del rol social de la mujer, encaminada a una igualdad de derechos entre hombre y mujer para la autorrealización femenina.
- Asimismo, según la misma autora, los objetivos específicos para conseguir ambas metas genéricas son:
 - La denuncia insistente de la supuesta condición de inferioridad a la que la historia y la cultura occidental han reducido a la mujer; como hemos venido mencionando anteriormente, la mujer ha pasado por una serie de sucesos históricos que han evidenciado la opresión que ha sufrido presa de una sociedad machista, la cual llegó a considerarla como un objeto sexual, una cuidadora del hogar, de los hijos, e incluso si trabajaba se le imponía un sueldo inferior a la del varón.
 - La igualdad con el hombre; no se hace referencia de una igualdad en cuanto al género, se trata de una igualdad de oportunidades, ante la ley, la educación, el empleo, etc.
 - La libre disposición del propio cuerpo; resumido en pocas palabras es la libertad de ser madre cuando la mujer lo desee, y tener los hijos que ella desee y considere prudente tener. Como consecuencia lógica de este requerimiento, lo que busca la mujer es³⁷:

“(...) la creación de centros de Planificación Familiar, orientados preferentemente a difundir los diversos métodos de control de natalidad, además de la cobertura económica de los gastos que comparten estas medidas, y, en medio, la despenalización del aborto, la difusión masiva y con propaganda a través de los medios de

³⁶ NAVARRO FERRER, Ana. Op. Cit., p.30.

³⁷ SUÁRES LLANOS, María. Teoría Feminista, Política y Derecho, Madrid, Dykinson, 2002. p. 63.

comunicación de anticonceptivos, las supresiones de cualquier tipo de restricciones, por razón de edad o estado civil (...)”.

Este punto, resalta el aspecto negativo ya mencionado anteriormente, la mujer se vuelve enemiga de sí misma y se olvida de la intensión primera – correspondiente a la búsqueda de la igualdad del hombre y la mujer – creando para sí pseudos derechos que infringen la libertad del ser y atentan contra la dignidad de la persona.

- Reclutamiento y propaganda; se refiere ya no solo a la búsqueda de conciencia de la mujer sobre su propia opresión, si no, por el contrario, la búsqueda de una conciencia social, haciendo referencia siempre a los sucesos del pasado como a los del presente.

En concreto, los reclamos elaborados sobre la cuna de la igualdad se realizaron: a) sin mediar análisis sobre aquellas necesidades de cambio estructural que requería la realidad ofrecida, y b) sin intención de realzar lo femenino del ser mujer³⁸. Por el contrario, este feminismo no tomo en cuenta esta necesidad de cambio, y apostó por una mujer que debía sumergirse en la incesante búsqueda por ser un remedo de hombre.

Dentro de este movimiento, a su vez surge una de las aportaciones más significativas de la época de los setenta, la cual es la organización en grupos de autoconciencia, teniendo como propósito el despertar la conciencia latente que todas las mujeres tenemos sobre nuestra opresión, lo que busca propiciar la reinterpretación política de la propia vida y poner las bases para su transformación³⁹.

Al respecto, VALCÁRCEL señala que⁴⁰:

“el movimiento feminista debe tanto a estas obras escritas como a una singular organización: los grupos de encuentro, en que sólo mujeres desgranaban, turbada y parsimoniosamente descargaban, semana a semana, la serie de sus humillaciones que recibían”.

³⁸ ÁLVAREZ, Silvina. El feminismo radical, Alianza Editores, Madrid, 2005. pp. 104 – 114.

³⁹ SHULAMITH, F. La dialéctica del sexo, Op. Cit., p. 94.

⁴⁰ VALCÁRCEL, Amelia, “¿Es el feminismo una teoría política o una ética?”, en Debate Feminista Año 6, vol. 12, México D.F, octubre 1995. p. 76.

El grupo de autoconciencia contribuyó con el aparente tratamiento psicológico para las mujeres, cuyas experiencias reflejaban lo inferior y humilladas que se han sentido a lo largo de la historia por aquellos hombres sexistas, racistas y machistas que ostentan el poder.

Esta búsqueda de cercanía entre pares feministas generó la creación de centros alternativos de ayuda y autoayuda. Las feministas no sólo crearon espacios propios para estudiar y organizarse, sino que desarrollaron una salud y una ginecología no patriarcales, animando a las mujeres a conocer su propio cuerpo. También se fundaron guarderías, centros para mujeres maltratadas, centros de defensa personal, etcétera⁴¹. Convirtiéndose así la mujer en ayuda para la mujer, en aquel impulso social que ésta necesitaba para levantar su voz y lograr el cambio, buscando siempre dejar de lado el patriarcado como régimen de orden social.

Sin embargo, este modelo de autoayuda generó ciertas críticas por parte de algunos autores como, por ejemplo, MEHRHOF, el cual señaló que⁴²:

"la autoconciencia tiene la habilidad de organizar gran número de mujeres, pero de organizarlas para nada" (...) este acto solo victimiza a la mujer y la muestra como el sexo débil y por ende debe seguir siendo guiada por el hombre en un mundo que resultaba cruel para el sexo femenino".

Para MEHRHOF, básicamente la mujer no es digna de desarrollarse libremente en la sociedad – entiéndase, sin el apoyo del hombre – por el hecho de no estar debidamente preparada para afrontar a una sociedad que resulta dominada por el sexo masculino, con lo cual resulta en vano aunar fuerzas para buscar una causa que de por sí, ya se encuentra perdida.

Dejando de lado las críticas, este grupo de autoayuda que tuvo como base la mujer para la mujer, el cual surgió de una búsqueda de igualdad y no discriminación – en general de un cambio social – no se vio libre del surgimiento de problemas internos en su organización.

⁴¹ CECILIA Y DE MIGUEL, ANA. Teoría feminista: de la ilustración a la globalización, Madrid, Minerva Ediciones, 2005. pp. 189 – 210.

⁴² VALCARCEL. A. Op. Cit., p. 86.

Así, a pesar de tener como lema “*ninguna mujer está por encima de otra*”, se vieron afectadas por el poderío que tenían ciertas lideresas de la organización, principalmente de aquellas que, por ser más preparadas, se atribuían como portavoces de ideales no compartidos, también se vio amenazada por la polémica aparición de la discriminación por clases sociales y el lesbianismo. Pero, en última instancia, fueron las agónicas disensiones internas, más el lógico desgaste de un movimiento de estas características, lo que trajo a mediados de los setenta el fin activista del feminismo radical⁴³.

Haciendo un recuento de lo expuesto, es pertinente destacar que existieron tanto elementos positivos como negativos en las primeras versiones del movimiento feminista. Entre lo positivo tenemos que, dentro de la sociedad se dio inicio a un proceso de sensibilización sobre las injusticias cometidas en contra de la mujer, dentro de lo negativo, el feminismo liberal – radical, sustentó la igualdad entre hombres y mujeres, planteando la incorporación de la mujer en la sociedad, pero sin ningún tipo de protagonismos, pues esta se convirtió en una imitación del hombre.

1.1.3. Feminismo de la diferencia

De acuerdo con el análisis detallado realizado por las feministas sobre su situación actual, se determinó que la presunta liberación sexual de las mujeres había beneficiado una vez más a los varones⁴⁴, puesto la mujer en un intento de asemejarse al hombre se había convertido en un remedo del mismo, quebrantando su identidad y por el contrario nutriendo un imperialismo masculino. Este modelo de identidad con perspectiva masculina fue duramente criticado por algunas feministas, demandando una urgente necesidad de reclamar la diferencia del ser varón y mujer, sin olvidar la igualdad en cuanto seres humanos semejantes.

⁴³ DE LA HERAS AGUILERA, Samara. Op. Cit., p. 47

⁴⁴ VASSALLO CRUZ, Kathya. Op. Cit., p.10

Es así como nace el feminismo de la diferencia, aquel que en palabras de VICTORIA SENDÓN DE LEÓN⁴⁵:

“busca la igualdad entre mujeres y hombres, pero nunca la igualdad con los hombres (...) resultando muy triste convertirse en una mala copia de un patético modelo”.

En pocas palabras, si bien este movimiento como todos los demás busca la igualdad de mujeres y hombres, también centra sus fuerzas en impulsar la importancia de lo femenino, destacando siempre lo propio del ser mujer para de esta manera evitar recaer en un modelo masculino.

Sin embargo, si bien a simple vista se vislumbraba un avance por destacar la feminidad de la mujer – sin renegar de ningún aspecto sobre ello – se excedieron en dicho intento, a tal punto de considerar al hombre como un ser alejado de valores destacables o coherentes con los de la mujer, perfilándolo como un ser condenado a guiarse por criterios de poder y violencia⁴⁶.

Esto llevaría consigo que se considere al hombre como un renegado de la raza humana; pasando las mujeres de ser oprimidas a buscar ser las futuras opresoras. Es claro que este movimiento no llegó a predominar sobre la búsqueda de la igualdad entre ambos sexos, sin embargo, presentó un precedente en cuanto a marcar la feminidad de la mujer como un aspecto predominante y valioso en ella.

1.1.4. Conferencias Mundiales sobre la Mujer: Beijing

La Conferencia sobre la Mujer de Beijín debía tratar sobre el bienestar de la mujer y la familia; sin embargo, países desarrollados como EE.UU., Canadá y los de la Unión Europea, pusieron énfasis principalmente en los “derechos reproductivos”, “derechos sexuales”, lo cual generó un aprovechamiento de los grupos feministas radicales, pues interpretaron a este último como un “derecho”

⁴⁵ SENDÓN DE LEÓN, Victoria. “El mundo clásico en la literatura femenina de vanguardia”, Revista internacional de culturas y literaturas, N° 1, septiembre 2009, pp. 47-50.

⁴⁶ APARISI, Angela y BALLESTEROS, Op. Cit., p. 9.

a ser lesbiana, bisexual, transexual, etc., y a disfrutar de los mismos derechos y privilegios que las familias constituidas por un varón y una mujer, con sus hijos⁴⁷.

Pero ¿qué se entiende por derechos sexuales y reproductivos? Para JIMENA ÁVALOS, estos se encuentran en relación con el derecho fundamental que tiene toda persona de determinar libremente el número y espaciamiento de hijos, así como el derecho específico de disponer de servicios de planificación familiar⁴⁸.

Bajo esta premisa estos derechos se encuentran en relación con la libertad de la persona, en cuanto a la toma de decisiones de la etapa de la vida en la que se desee tener un hijo, el número de hijos y “el medio” para poder tenerlos; sobre este último aspecto se debe tener en cuenta los tratamientos reproductivos jurídicamente válidos que no atenten contra la dignidad de la persona.

La Plataforma de Acción de la VI Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995) establece lo siguiente⁴⁹:

(...) Los derechos humanos incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproductiva, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíproco y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”

Sin embargo, **¿Qué sucede cuando se distorsiona el alcance de estos derechos?** Y cuando no existe la voluntad de asumir una responsabilidad conjunta, **¿qué hacer?** Primero, con la expresión “derechos sexuales y reproductivos” se ha generado la distorsión del alcance a todas las personas, sin importar su edad, identidad de género u orientación sexual; segundo, cuando no existe una responsabilidad conjunta del acto sexual y las consecuencias que de este se desprenden, se recurre a una alternativa obvia, el aborto.

⁴⁷ CALVO, María. “Alteridad sexual: razones frente a la ideología de género”. Primera Edición, Madrid, Ediciones Palabra, 2014. p.120.

⁴⁸ ÁVALOS CAPÍN, Jimena. “Derechos Sexuales y Reproductivos”. 2013 [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/38.pdf>

⁴⁹ IV CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. 1995 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

Siendo así, no debería sorprendernos que dentro de la conferencia se hiciera presente la postura “antivida”, aquella que HILARY CLINTON, representante de la delegación estadounidense defendería, ejerciendo su influencia a favor del aborto; asimismo, DONNA SHALALA, Secretaria del Departamento de Salud y Servicios Humano afirmó refiriéndose al aborto lo siguiente⁵⁰: *"Nosotros apoyamos los derechos reproductivos y la libertad para decidir; somos consistentes"*, postura proabortista que supuestamente buscaba el bienestar de la mujer y la familia, pero que por el contrario representaba en gran escala lo que Juan Pablo II llamaba *"la cultura de la muerte"*⁵¹, tratando de hacer creer a las mujeres que de esta manera se les ayuda a obtener más derechos e incluso más poder de sí misma, sobre el hombre y en general sobre la sociedad.

Resulta evidente que la Conferencia de Beijín no logró sus objetivos y, por el contrario, puso erróneamente énfasis sobre *"el papel de los adolescentes y su responsabilidad en lo concerniente a su reproducción, proporcionándoles servicios apropiados y consejos"*⁵². Entonces, esto fortalecía la postura de países como Estados Unidos, donde en clínicas de salud del gobierno, se entregan píldoras anticonceptivas y preservativos a menores de edad. También en las clínicas de salud de muchas escuelas públicas se entregan preservativos y se recomiendan píldoras anticonceptivas a adolescentes. Inclusive se remite a las menores de edad a clínicas abortistas, donde se les practican abortos sin que sus padres siquiera se enteren. Es así como, el recibir anticonceptivos, abortivos y realizarse prácticas abortivas, nos llevaría a pensar en la existencia de un supuesto

⁵⁰ CALVO, María. Op. Cit., p. 122.

⁵¹ Juan Pablo II señala: *"Por desgracia, este alarmante panorama, en vez de disminuir, se va más bien agrandando. Con las nuevas perspectivas abiertas por el progreso científico y tecnológico surgen nuevas formas de agresión contra la dignidad del ser humano, a la vez que se va delineando y consolidando una nueva situación cultural, que confiere a los atentados contra la vida un aspecto inédito y —podría decirse— aún más inicuo ocasionando ulteriores y graves preocupaciones: amplios sectores de la opinión pública justifican algunos atentados contra la vida en nombre de los derechos de la libertad individual, y sobre este presupuesto pretenden no sólo la impunidad, sino incluso la autorización por parte del Estado, con el fin de practicarlos con absoluta libertad y además con la intervención gratuita de las estructuras sanitarias"*. Juan Pablo II explica, que lo peor es que gran parte de la sociedad la justifica la cultura de la muerte bajo una falsa libertad individual, incluso logrando que varios países legalicen estas prácticas. SCOLA, Angelo, "La Encíclica Evangelium Vitae de Juan Pablo II. A 15 años de su publicación", Revista de Antropología y Cultura Cristiana N° 24, marzo 2011, 27-50.

⁵² CALVO, María. Op. Cit., p. 123.

derecho de libertad sexual del adolescente, en donde este tiene una potestad ilimitada sobre su propio cuerpo.

Como si no fuera suficiente la transformación fundamental que se produjo en la IV Conferencia de Pekín fue la inserción del concepto “género” como correspondiente a la categoría “mujer”⁵³, sosteniendo que esta perspectiva detonaba en la sociedad la posibilidad de participación de ambos sujetos – entiéndase géneros – dentro de una sociedad que tiene como pilar la igualdad.

Para el DR. CURIEL CALLEJA⁵⁴, la perspectiva de género venía larvada desde los años sesenta y desde las precedentes Conferencias Mundiales sobre la Mujer, encontrando su momento de oro en la celebración de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Beijín al introducir el término perspectiva de género, siendo aprovechado por la nueva izquierda feminista surgida a finales de los 70, los cuales se encargarían de iniciar una campaña mediática a través de los medios de comunicación, siendo abordado el tema ideológico de diferentes maneras, generando una preocupación sobre el control de información del tema en cuestión.

Posteriormente, un tema importante que fue abordado por la Conferencia de la Plataforma de Acción de Beijing fue el conjunto de obstáculos que entorpecen el crecimiento de la mujer – los cuales estaban encaminados a eliminar los impedimentos de la participación de la mujer en toda la esfera pública y privada – son los siguientes⁵⁵:

“a) la pobreza que pesa sobre la mujer; b) el acceso desigual a la educación y la insuficiencia de las oportunidades educacionales; c) la mujer y la salud; d) la violencia contra la mujer; e) los efectos de los conflictos armados en la mujer; f) la desigualdad en la participación de la mujer en la definición en las estructuras y políticas económicas y en el proceso de producción; g) la desigualdad en el ejercicio del poder y en la adopción de decisiones; h) la falta de mecanismos suficientes para promover el adelanto de la mujer; i) la falta de conciencia de los derechos humanos de la mujer internacional y nacional reconocidos y de dedicación a dichos derechos; j) la movilización insuficiente

⁵³ CALVO, María. Op. Cit., p. 124.

⁵⁴ CURIEL CALLEJA, Luis Antonio. “Ideología de género: de la Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín a la propaganda del Ministerio de Igualdad Español”, Revista Española N°24, junio 2011, 313-354.

⁵⁵ IV CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. Op. Cit., p. 32.

de los medios de información para promover la contribución de la mujer a la sociedad; k) la falta de reconocimiento suficiente y de apoyo al aporte de la mujer a la gestión de los recursos naturales y a la protección del medio ambiente; l) la niña”.

Para el presente trabajo solo resulta necesario pronunciarme sobre el punto c), el cual hace la referencia sobre la mujer y la salud, y es tratado en el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizado en Beijing del 04 al 15 de septiembre de 1995⁵⁶, en el cual se retoma lo ya tratado en líneas precedentes, correspondiente a la libertad sexual de los adolescentes y sobre la ligereza con la que se toma el aspecto de salud reproductiva, abriendo la posibilidad al acceso de prácticas abortivas.

Con respecto a lo primero, se busca fortalecer las libertades en cuanto a la sexualidad de toda persona – específicamente de los adolescentes – haciéndose mención a lo siguiente⁵⁷:

“la necesidad de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable (...) los adolescentes son particularmente vulnerables a riesgos particulares debido a la inadecuación y a la falta de servicios para atender las necesidades relativas a la salud sexual y reproductiva”.

Resulta evidente el marco de alcance de “los derechos sexuales y reproductivos”, los cuales no conocen un límite de edad y por el contrario incentivan la práctica sexual prematura en adolescentes, con un control de natalidad que atenta contra la dignidad humana, por estar orientada a prácticas abortistas.

Con respecto a lo segundo, se menciona que⁵⁸:

“La libertad reproductiva (...) lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidas (...)”.

⁵⁶ IV CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. Op. Cit., p.35.

⁵⁷ IV CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. Op. Cit., p.36.

⁵⁸ IV CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. Op. Cit., p.37.

Pues bien, si en un primer momento se trata de regular la fecundación dentro de un contexto legal, pues busca prohibir ciertas prácticas, no hace alusión a alguna en particular, quizá con la intención de remitir dichas prohibiciones al ordenamiento jurídico interno de cada país; sin embargo, más adelante se hace referencia a la puesta en peligro de la mujer por no contar con los “*servicios para atender las necesidades relativas a la salud sexual y reproductiva*”, tratando seguidamente al aborto como una “*condición peligrosa*” y señala⁵⁹:

“La mayoría de las muertes, problemas de salud y lesiones se pueden evitar, mejorando el acceso a servicios adecuados de atención de la salud, incluidos los métodos de planificación de la familia eficaces y sin riesgo (...) así como otros métodos lícitos que decidan adoptar para el control de la fecundación, y al acceso a servicios adecuados de atención de la salud que permitan que el embarazo y el parto transcurran en condiciones de seguridad y ofrezcan a las parejas las mayores posibilidades de tener un hijo sano”

Bajo este argumento, se deja a libertad la interpretación de lo concerniente a qué entendemos por “hijo sano” así como cuáles serían los métodos lícitos a los que se pueden recurrir para tener “*mayores posibilidades de tener un hijo sano*” recordando que el aborto es legal en muchos países europeos y en muchos estados americanos, pero no en países como Perú, aunque lamentablemente pareciera que nos encontramos encaminados en esa dirección, tal como lo demuestra el Proyecto Ley N° 3839 – 2014 que busca despenalizar el aborto.

En conclusión, estas Conferencias Mundiales sobre la Mujer, propiciaron una defensa del planteamiento abortista, en cuanto no supieron delimitar las libertades sexuales de la mujer – incluso llegando a incentivar al adolescente a explorar de manera desmesurada su sexualidad – ni los tratamientos reproductivos lícitos que permitirían a las parejas afectadas por la infertilidad poder ser padres; se habla de una libertad sexual ilimitada, en donde se deja de lado la dignidad de la persona y se atenta contra la esfera jurídica del otro – el concebido.

⁵⁹ IV CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. Op. Cit., p. 38.

1.1.5. Ideología de género

Los movimientos surgidos de las primeras olas del feminismo, “(...) iniciados por razones culturales de promoción de la igualdad entre los sexos, se han transformado lentamente en un movimiento político e ideológico”⁶⁰, el que actualmente es denominado “ideología de género”.

Si bien es importante el señalar qué es la ideología de género, también es necesario ilustrar cómo esta ideología empieza a tener cabida dentro de la sociedad, para lo cual es fundamental remitirnos a autoras como BEAUVOIR⁶¹:

“no se nace mujer: llega una a serlo (...) la sexualidad es psicológica indiferenciada en el momento de nacer y se torna masculina o femenina en el transcurso de las múltiples experiencias vividas”.

Entonces, para la autora, la sexualidad está condicionada al ámbito de desarrollo de las personas, dependiendo así la sexualidad del conjunto de experiencias a lo largo de la vida. Volviendo esta condición una creación socio cultural que diferencia al sexo del género.

De acuerdo con lo anterior, la característica más resaltante de la ideología de género consiste en la separación entre el sexo y el género, considerando que el ser humano nace asexual – es decir sexualmente neutro – y que las preferencias sexuales de cada persona se construyen a lo largo de su vida, sin interferencia de su sexo biológico e incluso del contexto sociocultural que lo rodea.

Por eso, en la actualidad se proponen diversas formas de género como el ser homosexual, lesbiana, bisexual o transexual, equiparándolas al ser heterosexual⁶².

Para esta ideología, el género se construye culturalmente, de modo que cada persona es autónoma para elegir su propia orientación sexual; no existe solo lo femenino y lo masculino, basándose solo en la “naturaleza”, como el factor determinante. Por tal, cree necesario romper y prescindir de estas diferenciaciones

⁶⁰ TRILLO FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, Jesús. La ideología de género, Madrid, Manos Libres, 2009. p. 14.

⁶¹ BEAUVOIR, Simone. El segundo sexo, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1962. p. 13.

⁶² MIRANDA – NOVOA, Martha. “Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género”, Revista de la Universidad de La Sabana, No 2, diciembre 2012, p. 348.

biológicas; y a cambio, busca suplirlas por una interpretación cultural, que se torna en el único criterio válido que hace posible la apertura a una diversidad de género: masculino, femenino, indiferenciado y neutro⁶³. Esta diversidad busca ser reconocida y exige a la ciudadanía modificar creencias, valores y principios naturales que se han mantenido a través de la historia.

Para ello, esta ideología, se ha propuestos objetivos que aspiran lograr en la sociedad moderna y post- moderna la llamada “reivindicación de la mujer”⁶⁴, para lo cual tenemos: a) la eliminación de la distinción misma del sexo; b) apostar por un absoluto control de la reproducción por parte de la mujer, incluyendo el aborto a petición; c) la total liberación sexual, hasta el punto que se reconocido un derecho absoluto a tener relaciones sexuales con otros individuos sin importar la edad, el número, el estado civil, las relaciones familiares (incesto) o el género; d) apelar a la construcción de una sexualidad liberada y reducida a un puro juego, un divertimento que debe ponerse al alcance de todos desde la escuela, constituyéndose como un fenómeno de sexualización que requiere para su concreción: i) la negación de las normas tradicionales, ii) liberalización y desenfreno sexual llevado voluntariamente hasta el extremo, iii) máximo placer con mínimo compromiso personal, así como iv) técnicas para la optimización del goce sexual, que deben ser puestas al alcance de todos desde la escuela⁶⁵.

Esta reivindicación de la mujer busca romper esquemas tradicionales positivos e implementar prácticas que atentan contra las buenas costumbres y el derecho mismo – derecho a la vida, libertad, la dignidad, etc. – tratando de separar el género del sexo, relegando a la opción sexual a un aspecto cultural y voluntario.

Existe un caso en particular que considero demuestra que esta ideología es errada, siendo este el caso tratado por el DR. MONEY, el cual establecía que mientras el sexo designaba la realidad biológica, el género era una construcción

⁶³ DURAN Y LALAGUNA, Paloma. Op. Cit. pp.32, 35-36.

⁶⁴ LOPEZ DE LA VIEJA, María, *Feminismo: Del Pasado al Presente*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2000. p. 36.

⁶⁵ ELOSEGUI ITXACO, María. *Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002. pp. 21-22.

cultural⁶⁶; sin embargo, si bien en un primer momento tuvo resultados “favorables”, posteriormente tuvo desastrosas consecuencias.

En resumidas palabras, esta historia cuenta el caso de dos hermanos gemelos nacidos en el año 1965 en Canadá, exactamente en Winnipeg; donde uno de ellos a los siete meses de edad, producto de una mala operación de circuncisión, se ven obligados los padres a extirparle su miembro viril; y por recomendación del doctor Money, el niño tendría que ser educado como una niña, llegándole incluso a cambiar el nombre por el de BRENDA REIMER. Pero con el transcurso de los años, y ante los innumerables problemas psicológicos de Brenda, sus padres le confesaron la verdad e intentaron remediar el daño causado; se le realizó una cirugía reconstructiva de su verdadero sexo, y Brenda cambió su nombre por el de David. El caso concluyó de forma trágica con el suicidio de Brian en 2002 y, dos años después, en mayo de 2004, con el de David a la edad de 38 años⁶⁷.

Este caso, destruye la posibilidad de adquirir una base científica sobre la separación del sexo y el género; y por el contrario fortalece la postura de que los seres humanos no podemos modificar lo designado por la naturaleza; lo que conlleva a su vez, rechazar esa tendencia de la ideología de género que pretende crear para sí derechos que contravienen las buenas costumbres y la ley natural – derecho al hijo, matrimonio homosexual, el derecho al aborto, etc.

A manera de conclusión, me gustaría transcribir lo manifestado por dos autores – con los cuales comparto postura – sobre qué es lo que realmente comprende la ideología de género y qué implicancia tiene en la búsqueda de aceptación social.

Por un lado, tenemos al profesor JOUVE, el cual señala de manera precisa que⁶⁸:

“A pesar de los avances científicos y de que nunca se supo tanto sobre la naturaleza de los fenómenos biológicos, en las sociedades desarrolladas de Occidente parece extenderse una tendencia al olvido de los fundamentos que

⁶⁶ NAVAS GARCIA, Alejandro. Ideología de Género, Legislación y Opinión Pública. 2007. [ubicado el 20.V.2017]. Obtenido en: <http://maritainargentina.org.ar/wp-content/uploads/2018/01/Ideolog%C3%ADa-de-g%C3%A9nero-legislaci%C3%B3n-y-opini%C3%B3n-p%C3%BAblica-por-Alejandro-Navas-Garc%C3%ADa.pdf>

⁶⁷ COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Justicia Constitucional, Mujeres y Género, Bogotá, Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, 2011. p. 20.

⁶⁸ MINISTERIO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE GUATEMALA. Igualdad de género y empoderamiento de las mujeres en el marco del cumplimiento de los objetos de desarrollo del milenio, Guatemala, SEGEPLAN, 2010. p.18.

han supuesto el éxito de nuestra especie. Es inherente a ello, la imposición de criterios de carácter filosófico que inspiran corrientes ideológicas de las que se derivan leyes injustas, que nada tienen que ver con la ley natural y por lo tanto con la propia naturaleza de la vida humana. El ejemplo más significativo de esto es la llamada 'ideología de género', que afirma que las diferencias entre el varón y la mujer, al margen de los obvios rasgos y funciones anatómicas, no se basan en una naturaleza estable que haga a unos seres humanos varones y a otras mujeres. Según esta corriente ideológica las diferencias de manera de pensar, obrar y valorarse a sí mismos deben obedecer a un deseo personal y no al sexo o la anatomía particular de cada persona. Esto hace que hombres y mujeres heterosexuales, homosexuales, lesbianas o bisexuales, sean simplemente modos de comportamiento sexual que todos los demás deben respetar. Para quienes piensan así, la familia, unión de un hombre y una mujer, es un mero producto cultural de determinados países y épocas, que asignan a las personas un papel dentro de la sociedad. Como consecuencia de esto se establecen nuevas leyes y se inventan derechos, que están en la antítesis del derecho natural. En el fondo, todo este montaje cultural antinatural no deja de ser el fruto de una moda, de una época, pero cuyas consecuencias pueden ser muy negativas para la humanidad”.

El anterior párrafo nos hace percibir a la igualdad de género como una ideología política, en cuanto busca cambios sociales y culturales, cuya herramienta de combate de legitimación es el uso indiscriminado de la “ideología”, pues recordemos que, esta busca insertar en la sociedad prácticas inmorales como la homosexualidad, lesbianismo, y por qué no el aborto en cuanto a la no discriminación de la libertad sexual. Por ende, a mi entender, nos encontraríamos ante intereses y deseos encubiertos en una igualdad debido al género.

Por otro lado, bajo esta línea de ideas, explica el profesor SCALA que⁶⁹:

“En la ideología de género hay un principio básico equivocado, cuya finalidad es mezclar algo verdadero con algo falso con la intención de que esto último pase desapercibido. Así, se afirma que el sexo es el aspecto biológico de los seres humanos, y que el género es el sexo social o culturalmente construido. La primera idea es absolutamente cierta, por lo que solo podemos ser hombre o mujer en tanto, hasta la actualidad, nadie ha podido hacer un cambio cromosómico que le permita pasar de un sexo a otro, lo único que se ha logrado son cambios físicos por medio de intervenciones quirúrgicas, las cuales se refuerzan por medio de medicamentos para regular las cargas hormonales, esto

⁶⁹ CAMPOLLI- VÉLES, Beatriz. “La ideología de Género en Colombia”, Revista Jurídica de la Sabana, N° 6, mayo 2013, pp. 13-54.

con el fin de poder mantener cierta apariencia física o ciertos rasgos del sexo que se pretende asumir”.

Así, en la actualidad la ideología de género es una ideología que se encuentra latente en la sociedad, en cuanto ha logrado cambios legislativos en algunos países permitiendo, por ejemplo, la unión civil o la maternidad subrogada. Cambios que se contradicen con la naturaleza humana y con la dignidad del hombre, siendo generados por el poderío mediático de estos miembros revolucionarios que buscan victimizar su condición y rechazo social.

1.2. Contenido de los derechos sexuales y reproductivos

Los llamados derechos sexuales y reproductivos, que fueron materia de análisis en la Conferencia Mundial sobre la Mujer desarrollada en Beijing, surgen como una extensión del derecho a la salud de la persona, en específico de la mujer; sin embargo, distan de este último, en cuanto incentiva al uso indiscriminado de los medios necesarios para vivir una libertad sexual sin límites, no actuando de acuerdo al estatuto ontológico y a la dignidad que le corresponde a toda persona humana, puesto buscan atentar contra la vida del concebido e insertar en la sociedad conductas inmorales – nos referimos a la práctica de maternidad subrogadas, matrimonio homosexual, etc. – que atentan contra las buenas costumbres de la sociedad. Bajo esta línea de ideas a continuación detallaremos algunos “derechos” que se desprenderían de la condición de ser madre.

1.2.1. Derecho a la Maternidad y planificación familiar

1.2.1.1. Derecho a la Maternidad

Desde la más tierna infancia y, más específicamente, desde la edad de su formación (pubertad) el cuerpo de la mujer se forma, se desarrolla, florece y madura, a fin de ser apto para tener y alimentar sus frutos: sus hijos⁷⁰. La constitución física de la mujer, la predispone a la maternidad, por tanto, está hecha física y psicológicamente para ser madre y esposa;

⁷⁰ CARNOT, Edith y CARNOT, J. EL libro de la joven: al servicio del amor, Barcelona, Editorial Herder, 1983. p. 34

convirtiéndose la maternidad en el desarrollo normal de la mujer al momento de fundar una familia.

Autores como EDITH CARNOT, manifiestan que tres son las razones esenciales para determinar de dónde viene este desarrollo inevitable de la mujer, que desemboca en el despertar de la maternidad: *a) El tener hijos es para la mujer una necesidad fisiológica; b) La maternidad proporciona a la mujer su equilibrio; c) El contacto con los jóvenes conserva la juventud*⁷¹; creyendo conveniente para el presente aporte, pronunciarme brevemente por los dos primeros.

La primera de estas razones hace referencia a la fisiología de la mujer, aquella que la prepara desde adolescente para poder generar una vida, señalándose que⁷²:

“Actualmente, la ciencia, la medicina y la experiencia corriente están de acuerdo en sostener que la maternidad responde a una necesidad fisiológica de la naturaleza femenina”.

La segunda razón sostenida por estos autores refiere a que la plenitud de este desarrollo, incluyendo el equilibrio de sus funciones, solo podrá ser alcanzada cuando esta sea madre, considerando a la procreación como la razón de ser de toda mujer.

Es así como, habiendo sostenido que la mujer se encuentra fisiológicamente orientada hacia la maternidad, y que esta alcanza su plenitud al ser madre, es también importante señalar que si bien la maternidad es un atributo entregado únicamente a las mujeres – puesto sus cuerpos son los únicos fisiológicamente preparados para engendrar vida – la sociedad también participa de este suceso, puesto depende de la mujer la supervivencia de la sociedad, en cuando orientada a la reproducción.

⁷¹ CARNOT, Edith y CARNOT, J. Op. Cit., p. 39.

⁷² CARNOT, Edith y CARNOT, J. Ob. Cit., p. 41.

Para HAALAND MATLÁRY⁷³, la mujer a lo largo de los años ha olvidado lo que es la maternidad, relegándola en muchos casos a un mero obstáculo para la vida profesional y el crecimiento económico; siendo así, señala que:

“(...) en épocas pasadas todo el mundo sabía en qué consistía ser madre. Y es que la madre era una institución fundamenta tanto para la familia como para la sociedad. Sin embargo, la sociedad sufre ataques hoy desde diversos frentes; de los Estados que quieren debilitar la familia, de las feministas que pretenden sustraer a la mujer desde el marco de la familia y que pretenden arrebatarse a la institución familiar su papel privilegiado en la sociedad”.

Bajo esta premisa, la legalización del aborto, la maternidad subrogada, – que en la actualidad cumple un papel de importancia dentro del ámbito del matrimonio gay – la ideología de género, etc., se presentan como las nuevas propuestas de una sociedad que cada vez más trata de restarle importancia a la maternidad. Es de conocimiento general que en algunos países del mundo estas prácticas se han legalizado, pues consideran que la mujer tiene el derecho a la no interferencia en su vida reproductiva, tergiversando los verdaderos alcances de toda libertad – alcances que expondremos más adelante –; sin embargo, no todos los países comparten esta postura, pues consideran que existen límites incluso para disponer de nuestro propio cuerpo.

HAALAND MATLÁRY considera que este tipo de prácticas generan gran perjuicio para todo niño, pues recordemos que para ella la maternidad es de gran importancia y, por ende, señala que⁷⁴:

“(...) nada le genera más indignación que el sufrimiento de los niños, y es un derecho natural de las madres, hacer todo lo posible para impedir estas situaciones (...) así como es obligación del Estado brindar garantías a la madre por cuanto la maternidad es de esencial importancia para el futuro de la sociedad actual”.

⁷³ HAALAND MATLÁRY, Janne. El tiempo de las mujeres: Notas para un nuevo feminismo, Madrid, Ediciones Rialp, S.A, 2000. p. 88.

⁷⁴ Ibídem. p. 89.

La autora considera a la maternidad como una responsabilidad compartida entre la madre y Estado, los cuales tienen una obligación frente a los niños de brindar las garantías necesarias para el correcto desarrollo de estos en cuanto representan el porvenir de la sociedad. Además, el Estado debe garantizar mediante políticas de salud, el correcto desarrollo de la maternidad en las mujeres.

Con relación a lo mencionado, y tras haber analizado la obra de esta autora, podemos vislumbrar que ella considera que existen ciertos derechos naturales de la maternidad:

A. El derecho a la no interferencia en la vida reproductiva.

Sobre este tema se considera que es decisión de la mujer cuándo desea tener un hijo y cuántos de ellos desea tener; aquí no se debe confundir que el aborto es una opción para la autora, por el contrario, ella se encuentra en contra de esta práctica, pero resalta la importancia de la planificación.

En este punto también debe resaltarse la importancia de la participación del Estado en cuanto es este el encargado de promover una política responsable de la maternidad y paternidad – en concordancia con el Art. 6 de la Constitución Política del Perú⁷⁵ – permitiendo el acceso a la información necesaria para una correcta planificación familiar – de la cual se hablará más adelante – evitando así que las personas se practiquen de manera ilícita abortos que atentan contra el derecho a la vida, reconocido en el art. 2 inciso primero⁷⁶ de la normativa antes mencionada.

⁷⁵ Cfr. Constitución Política del Perú Art. 6: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres” [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf

⁷⁶ Cfr. Constitución Política del Perú Art. 2 Inciso 1: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece

B. El derecho a una vida laboral sin discriminación.

Este derecho establece que la mujer debe recibir protección por parte del Estado en materia laboral, por cuanto es evidente que ella no solo trata de ejercer una profesión, sino también paralelamente criar un nuevo ser; así⁷⁷:

“El derecho de las mujeres a tener unas condiciones laborales diferentes a las de los hombres implica asimismo que no tengan que perder su empleo si se quedan embarazadas. Es también esencial que puedan disfrutar de un permiso por maternidad amplio y retribuido, incluida la certeza de no perder su puesto de trabajo”.

En el Perú, el Congreso ratificó el Convenio N° 183 de la OIT, referente a la protección de la maternidad, así mismo extendió la licencia por maternidad de 90 a 98 días de descanso: 49 en el periodo pre – natal y 49 en el post – natal, según el Decreto Supremo 002-2016-TR y garantizó la prohibición de los despidos arbitrarios por motivos de embarazo, nacimiento y las consecuencias del mismo.

Un dato interesante es que la mayoría de países en Latinoamérica y el mundo, se maneja un promedio de 90 días, pero hay excepciones notables. Bolivia es uno de los países que menos días concede en el mundo con solo 60 días, mientras que Chile da 156 días. El resto del mundo, destacan los casos del Reino Unido y Noruega con 315 días cada uno y Croacia con 410 días⁷⁸.

C. El derecho a tener el apoyo de la sociedad

La autora realiza una seria crítica a la intervención que trata de realizar el Estado en temas que únicamente competen a la familia, como lo es la educación en todos sus niveles⁷⁹, sea en el ámbito del

⁷⁷ HAALAND MATLÁRY, Janne. Op. Cit., p. 92.

⁷⁸ RPP NOTICIAS VIRTUAL. ¿Cuántos son los días de descanso por maternidad en Perú y el mundo? 2016 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <http://rpp.pe/politica/elecciones/cuantos-son-los-dias-de-descanso-por-maternidad-en-peru-y-el-mundo-noticia-966954>

⁷⁹ Por ejemplo, en octubre del 2013, en el Estado peruano, presentó la propuesta de modificación del artículo 27 del código de los Niños y Adolescentes, a fin de que la educación sexual de los niños y adolescentes sea realizada por

conocimiento, como de la sexualidad, etc., es por eso por lo que ella considera que, al estar en un Estado democrático, es la sociedad la que debe impedir las injerencias negativas que puedan perjudicar el llevar a cabo la labor de madre, siendo así refiere que⁸⁰:

“para llevar a cabo nuestra obligación de educar a los hijos, las madres necesitamos el apoyo de la sociedad, tanto a nivel normativo como a nivel práctico. Este derecho es una condición de la que se derivan otros derechos, pues nunca como hasta ahora ha sido tan importante el papel de la familia en la educación de los hijos, aunque tampoco la familia ha sido tan atacada y desautorizada como hoy en día”.

En pocas palabras, la autora trata de hacernos reflexionar en que la familia es el pilar de la sociedad, siendo congruente que tanto los padres, la sociedad y por ende el Estado busquen la protección de la maternidad, empleando para ello mecanismos eficientes que en su conjunto aseguren una plena libertad reproductiva, libertad que en ninguna circunstancia debe ser tergiversada, pues debe tenerse en cuenta que no existe una libertad absoluta.

Un claro ejemplo sería la interferencia actual por parte del Estado, al buscar la inserción de la ideología de género en el currículo escolar – esto a pesar de la negativa de los padres de familia – lo cual atenta contra lo establecido en el Art. 13 de nuestra Constitución Política del Perú⁸¹, puesto no se le estaría permitiendo a los padres participar en el proceso educativo de sus menores hijos.

1.2.1.2. Derecho a la planificación familiar

Habiendo tratado el tema de la maternidad, también es importante hacer una breve referencia a los derechos sexuales y reproductivos que

el Estado, bajo el argumento de que como muchas niñas y adolescentes salían embarazadas era pertinente que el Estado asuma su rol; sin embargo, la propuesta que pretendía el Estado era fomentar una sexualidad responsable, es decir, sexo libre, pero con protección.

⁸⁰ HAALAND MATLÁRY, Janne. Ob. Cit., p. 94.

⁸¹ Cfr. Constitución Política del Perú Art. 13: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”

de esta se infieren; los cuales son denominados como aquellos derechos que tiene toda persona a tener control sobre su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva; y a decidir libre y responsablemente, sin ser objeto de coerción, discriminación o violencia⁸².

En pocas palabras, nos referimos a la llamada planificación familiar, aquella que se refiera a cuando las parejas, para satisfacer sus deseos sexuales recurren al uso de anticonceptivos con el fin de evitar la procreación de hijos no deseados y prevenirse de enfermedades contagiosas. Para IGNACIO GONZALES, estas consideraciones incluyen de forma implícita⁸³:

“el derecho de los hombres y de las mujeres a ser informados y a tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, efectivos, asequibles y aceptables elegidos por ellos, así como a otros métodos de su elección para el control de la fertilidad”.

Lo resaltante de este punto, es el acceso a métodos de planificación que primero, no atenten contra la dignidad de la persona y segundo, sean métodos seguros que garanticen la salud de las parejas que recurran a estos métodos. También, cabe resaltar la importancia de las políticas en salud que deben ser implementadas por el Estado, para llegar a zonas donde no se tiene acceso y mucho menos conocimiento de los diversos métodos anticonceptivos.

Parte de los grandes frenos para el uso de anticonceptivo por parte de las parejas que menciona el Manual Mundial para Proveedores corresponden a la falta de⁸⁴:

“servicios e insumos que todavía no se encuentran a disponibilidad en todos lados, o son de acceso restringido (...) miedo a la desaprobación social o a la oposición de la pareja, temor a efectos secundarios e inquietudes relacionadas con la salud o en su defecto

⁸² PRENDES LABRADA, Mariela, GUIBERT REYES, Wilfredo y otros. “Riesgos preconcepcional en la consulta de planificación familiar”, Revista Cubana de Medicina General Integral, N° 4, agosto 2015, 7-12.

⁸³ GONZALEZ LABRADOR, Ignacio y MIYAR PIEIGA, Emilia. “Consideraciones sobre planificación familiar: métodos anticonceptivos” Revista Cubana de Medicina General Integral, N° 4, agosto 2015, 15-25.

⁸⁴ ORGANISMO MUNDIAL DE SALUD. Planificación familiar, un manual mundial para proveedores, Madrid, OMS, 2011. pp. 18-19.

el freno más latente en sociedades aisladas, la falta de conocimiento de las opciones anticonceptivas y su utilización”.

Queda evidenciado que a nivel sociedad la planificación familiar no ha sido asimilada o en su defecto adquirida como parte de un proyecto de vida que va a permitir a las personas trazar un esquema vital de prioridades, expectativas; por el contrario, se observa un desorden social en donde las más perjudicadas son las menores de edad, las cuales quedan embarazadas para luego abandonar a los recién nacidos. Sin embargo, **¿cuán culpable puede ser una menor que desconoce de la importancia de la planificación familiar?** ya sea por falta de asesoramiento de sus padres – los cuales pueden estar afectados por los frenos mencionado en el párrafo anterior – o por la falta de participación del Estado sobre esta materia.

Con lo dicho, no pretendo motivar un apresurado despertar sexual adolescente, ni mucho menos el interés de crear una sociedad que esté presta a brindar los medios necesarios para que estos disfruten libremente de sus deseos sexuales; por el contrario, pretendo aclarar que la planificación familiar no solo radica en el uso de medios anticonceptivos, sino que también debe ser entendida como la enseñanza sexual que orientará en la toma de decisión sobre el momento preciso en el que la persona se encuentra física y psicológicamente preparada para realizar este tipo de acto.

Uno de los conceptos más precisos sobre este tema, lo ofrece la OMS en 1970 señalando lo siguiente⁸⁵:

“La planificación de la familia se funda en prácticas que ayudan a individuos o a parejas a evitar los nacimientos no deseados, favorecer los nacimientos deseados, regular el intervalo entre embarazos, adaptar el orden cronológico de los nacimientos a las edades de los padres y determinar el número de niños que constituirá la familia”.

⁸⁵ VALERO LANCE, Pilar. Planificación familiar: información general y seguimiento de anticonceptivos orales. 2013 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <http://www.san.gva.es/documents/246911/251004/guiasap029planfam.pdf>

Para estos fines se necesita educación y asesoramiento en sexualidad, servicios que proporcionen métodos anticonceptivos de manera razonable y sobre todo responsable; brindar asistencia sanitaria en tratamiento de fecundidad, asesoramiento genético y detección precoz de patologías que puedan repercutir en la fecundidad. Todo este conjunto de acciones, implementadas en un sistema que se encuentra inmerso en un total descontrol, permitiría la reproducción responsable por parte de las parejas peruanas.

Sin embargo, las políticas de estado de los países y las ONG's interesadas en el libertinaje humano, a través de la perspectiva de género, introducen un nuevo concepto de salud en materia de reproducción, y así ahora se ha pasado de la anterior "planificación familiar" (centrada en las mujeres) a la ahora "salud reproductiva" (centrada en la persona); enfoque que desconoce los vínculos entre la reproducción, la salud y la sexualidad de las personas⁸⁶.

Al respecto, el Ministerio de Salud peruano, dice que la salud reproductiva es⁸⁷:

"Un estado general de bienestar físico, mental y social, y no únicamente de ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (...) por eso la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia (...) la cual se centra en desarrollar la maternidad consciente y responsable tratando de evitar los embarazos no deseados o peligrosos".

Entonces, en la actualidad la planificación familiar ha quedado englobada en el concepto de salud reproductiva, el cual, si bien se centra en desarrollar una maternidad consciente y responsable, encubre un potencial descontrol de distribución de servicios anticonceptivos y abortivos, al fomentar el disfrute de una vida sexual satisfactoria sin

⁸⁶ PRENDES LABRADA, Mariela, GUIBERT REYES, Wilfredo y otros. Ob. Cit., pp. 13-14.

⁸⁷ MINISTERIO DE SALUD. Salud reproductiva y la atención de la salud reproductiva, Lima, MINSA, 2005. pp. 34-39.

riesgos de procrear – entiéndase que no se especifica cuáles serán los medios a usar para evitar la procreación o los embarazos no deseados o peligrosos – asimismo, considero que pasaron de una política orientada en la mujer y su pareja, a una política individual en donde lo que prima es la protección del libre desarrollo sexual desmesurado de la persona.

1.2.2. “Derecho” al aborto

La definición de aborto establecida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) es la expulsión o extracción de un feto o embrión, de su madre, cuyo peso sea de 500 gramos o menos. Este estadio corresponde aproximadamente a 20 semanas de gestación⁸⁸.

Se dice que el aborto ha existido siempre y tal vez fue el primer método de regulación de la fecundidad⁸⁹. Existen datos históricos que refieren que el control de la fertilidad abarca más de 4mil años. Así, se ha encontrado fórmulas abortifacientes en antiguos textos médicos chinos que datan de hace más de 3000 años a.C.; y en 5 papiros egipcios que van de 1900 a 1100 años a.C., se han hallado recetas para anticonceptivos y abortifacientes⁹⁰.

Los médicos desde épocas inmemoriales se han visto involucrados en el tema. De 22 médicos de la época grecorromana, 15 describían abortifacientes y 12 anticonceptivos. Se dice que Aristóteles, Galeno, Dioscórides, Plinio, Soranus y otros presentaron listados de anticonceptivos. Las mujeres médicas de Grecia y Roma antigua también contribuyeron al tema: Agnodice, médica ateniense que vivió en el Siglo IV a.C., era diestra en prácticas abortivas, Aspasia, médica grecorromana, que vivió en el siglo II o III a.C., escribió sobre anticonceptivos y abortifacientes⁹¹.

⁸⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, Montevideo, OMS, 2012. p. 12.

⁸⁹ TAVARA, Luis. “El aborto como problema de salud pública en el Perú”, Revista Salud Pública, N° 4, octubre 2001, p. 250.

⁹⁰ HURST, Jane. La Historia de las Ideas sobre el Aborto en la Iglesia Católica: lo que no fue contado. Montevideo, católicas por el derecho a decidir, 1998. p. 12

⁹¹ Ibídem., pp. 13-14.

Sin embargo, sin ánimo de justificar este “método de control de fecundidad antiguo” debemos preguntarnos si estas personas para aquellas épocas, ¿eran conscientes del momento de la fecundación o de otros tipos de métodos anticonceptivos? y ¿qué de diferente tendrían su época de la nuestra? Claramente, mucha diferencia; la sociedad actual se rige por la globalización, encontrándose dotada de la más avanzada tecnología, conocimientos profundos y concretos de salud, variedad de métodos anticonceptivos, una clara y organizada planificación familiar, conocedores de todo tipo de derechos y la implicancia de sanciones frente al incumplimiento de estos y por sobre todo la importancia de la vida humana; importancia convertida en indiferencia social, pues actualmente se advierte el aborto a escala mundial.

Regresando al tema del aborto, es necesario señalar que el significado vulgar de aborto es claro, supone la muerte del feto, pero actualmente se han generado diversas expresiones que tienen el mismo fin “aborto legal”, “aborto terapéutico”, “aborto selectivo”, etc⁹²., contribuyendo a fomentar una confusión terminológica al público no especializado en el tema, sobre la valoración médica y ética según la modalidad del aborto.

Hoy en día, en la práctica hay una única distinción médicamente válida: aborto espontáneo, que cursa de modo natural, independientemente de la voluntad, tanto de la paciente como del médico; y aborto provocado consecuencia de la acción directa del médico, o de cualquier otra persona⁹³.

En el Perú, este tipo de aborto “provocado” se encuentra sancionado por el Código Penal, específicamente en el Título I del Libro segundo, artículos del 114 al 120 con la salvedad del denominado aborto terapéutico, regulado por el Art. 119, el cual permite la interrupción voluntaria por indicación terapéutica del embarazo menor de 22 semanas con consentimiento justificado del médico sin mediar sanción penal. Pese a ello, nuestra sociedad actual influenciada por el matiz ideológico buscó y consiguió despenalizar ciertas prohibiciones y a su vez introducir un mecanismo permisivo que disfrazado de “planificación familiar”

⁹² LOPEZ GARCÍA, Guillermo. El aborto. Análisis crítico de la situación actual, Navarra, Universidad de Navarra, 1975, p.323.

⁹³ Ibídem. p.324.

permitía la práctica del aborto, nos referimos con ello a la anticoncepción oral de emergencia (AOE) – del cual se hará referencia en otro punto de la investigación – y a su vez, otro claro ejemplo es el Proyecto Ley N° 3839 – 2014⁹⁴ que busca despenalizar el aborto en casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas, este proyecto fue presentado por las ONG feministas Manuela Ramos y Promex, y lo que destaca en su contenido es la ausencia de normativa y pronunciamientos del Tribunal Constitucional referida a la posición que ocupa el concebido en nuestro derecho peruano, desconociéndose y más aun desestimándose todo deber de protección que el Estado y la sociedad asume ante un sujeto de derecho en estado de indefensión, como lo es el niño por nacer⁹⁵. Omisión que desconoce lo ya reconocido por el derecho peruano⁹⁶:

“(Se) ha demostrado que en la fecundación aparece un nuevo ser humano, genéticamente independiente de la madre, autónomo, con un genoma que lo identifica plenamente y que lo hace único, irrepetible, singular. Es por ello que podemos sostener que si bien todos los seres humanos son iguales no existen, sin embargo, dos seres humanos idénticos”.

Para GUILLERMO LÓPEZ lo demostrado con la experiencia biológica es más que suficiente para afirmar con todo rigor científico que la vida de una persona comienza con la fecundación del óvulo⁹⁷. Por tanto, desde la fertilización está viviendo un ser humano, que lo sigue siendo en las sucesivas fases de su desarrollo. Existiendo para él, un solo método correcto de natalidad, que son los anticonceptivos propiamente dichos, considerando como inapropiado y erróneo el uso de los abortivos, aquellos que interrumpen el desarrollo embrionario.

Entonces, vale preguntar si ¿El aborto constituye una injusticia?; ¿es un atentado a algunos de los derechos naturales que todo hombre tiene por su

⁹⁴ PROYECTO LEY N° 3839 – 2014. Proyecto ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidos. 2014. [ubicado el 26.X.2016]. Obtenido en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/09d2007dfb555f5ce05257d62005ed24b/\\$FILE/PL03839260914.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/09d2007dfb555f5ce05257d62005ed24b/$FILE/PL03839260914.pdf)

⁹⁵ SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa y VASALLO CRUZ, Kathya. Ob. Cit., p.24.

⁹⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX del Código Civil de 1936, Revista Jurídica del Perú, N° 15, junio 1998, p.35.

⁹⁷ LOPEZ GARCÍA, Guillermo. Op. Cit., p.326.

condición de persona y que son la base para una justa convivencia? En palabras de Hervada⁹⁸:

“El aborto es sin paliativos, un acto criminal tipificable como delito grave. Desde el momento en que el óvulo se convierte en embrión humano, este ser embrionario es ya portador de toda la dignidad de la persona humana, porque la igualdad que radica entre todos por el hecho de ser hombre. Allí donde hay un ser humano, cualquiera que sea el momento de su historia en que se encuentra, allí está un sujeto de derechos fundamentales. Pero el hombre no comienza a serlo – a ser persona humana – por el nacimiento: lo es ya desde el momento en que el óvulo se transforma por la fecundación en una nueva vida, en un nuevo ser vivo, que está en la madre, pero que ya no es la madre”.

Hervada reconoce la concepción como la generación de una nueva vida humana, asimismo resalta la importancia del reconocimiento de la dignidad y sobre todo el respeto a todas y cada una de las vidas humanas; por lo tanto, el aborto comprende una injusticia que debe ser sancionada penalmente y no debe existir justificación social alguna para proponer al aborto como un derecho fundamental de la mujer por ser ella la que contiene y de la cual depende este nuevo ser.

Es evidente, que la circunstancia que rodea el Proyecto Ley N° 3839-2014, es un tema que viene aquejando a la sociedad y con mayor gravedad el tema de violaciones sexuales en nuestro país, por la constante inseguridad ciudadana en la que se vive. Sin embargo, a pesar de ser las razones sociales que se proponen, reales y objetivas, dentro del margen jurídico peruano no cabría la posibilidad de insertar como mecanismo legal al aborto, esto en razón que en nuestra Constitución Política precisamente en su Art. Primero y segundo, se protege tanto la dignidad y la vida de la persona, resultando ser un acto inconstitucional la búsqueda de lo contrario.

A manera de defensa de lo antes mencionado, es razonable mencionar el Informe Técnico elaborado por el Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia – USAT⁹⁹, en el cual durante el desarrollo de dicho informe se demuestra

⁹⁸ LOPEZ GARCÍA, Guillermo. Op. Cit., pp. 326-327.

⁹⁹ INSTITUTO DE CIENCIAS PARA EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA – USAT. Informe Técnico proyecto de ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas Proyecto Ley 3839/2014-I.C. 2015 [ubicado el 25.X.2017] Obtenido en: <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-I/paper14.pdf>

que la vida se inicia con la concepción, por tanto el Estado que es la institución comprometida y dedicada a brindar las medidas necesarias para el adecuado desarrollo de los ciudadanos, se encuentra en la obligación de tutelar los derechos del concebido, por tanto, no debe o no puede permitir que el aborto trate de implantarse en nuestro sistema jurídico por razones sociales, por el contrario, debe implementar políticas que brinden otras alternativas para contribuir a la mejora de la mujer violentada y así, estas no acaben con la vida del niño por nacer.

Si bien es importante el análisis antes realizado, también resulta conveniente hacer la salvedad de que el aborto se encuentra relacionado directamente con la libertad de decidir y la responsabilidad de toda persona – sea esta hombre o mujer – en cuando responsable de querer las consecuencias de los actos, visto como virtud individual, y en su componente social, como imputabilidad o exigencia de hacer cumplir o asumir las consecuencias de los actos que se emprenden¹⁰⁰.

En pocas palabras, para quienes creemos que la vida humana se inicia desde la concepción, el aborto es la eliminación de un ser humano indefenso, en general, un acto criminal; convirtiéndose en un mero dato biológico y jurídicamente irrelevante el hecho de que este ser humano se desarrolle en el vientre de la madre y, por el contrario, para quienes no lo creen, su fundamento es simplemente el derecho a la privacidad o la libertad individual – desmesurada – de la mujer, olvidando que esta no puede decidir por la vida de otro.

1.2.3. “Derecho” al hijo

La expresión “derecho al hijo”, contemporáneamente se ha difundido a raíz de la fecundación artificial. En realidad, tal derecho no existe pues el hijo nunca puede ser objeto del derecho del padre, por el contrario, como sujeto de derecho que es, su existencia es constitutiva de relaciones jurídicas con respecto al progenitor. Estas relaciones entre un padre y un hijo aun cuando puedan fundarse

¹⁰⁰ AYUSO MURILLO, Diego. Enfermería Familiar y comunitaria: actividad asistencial y aspectos éticos- jurídicos. Madrid, Díaz de Santos, 2015, p. 10.

en la autoridad de los padres, nunca podrán justificar la posibilidad de reducir al hijo a la condición de objeto¹⁰¹.

En definitiva, no se puede hablar de un “derecho al hijo”, pues no se puede tener derechos sobre las personas – las cuales si bien pueden tener propiedades no pueden ser propiedad de nadie – ni puede exigirse al Estado o a la autoridad competente que se nos dé un hijo, pues, por su dignidad como persona, ningún ser humano puede ser cosificado.

ABELLÁN señala que la consagración jurídica del derecho a un hijo, como concreción del derecho a la reproducción, no es reconocida por ninguna declaración internacional de derechos humanos. Se protege el derecho del niño a unos padres y a una familia, que protegen esa realidad una vez que se ha producido, pero no el derecho a llegar a serlo¹⁰².

Así, en nuestro ordenamiento jurídico, lo que prima es la protección a los derechos del niño, ilustrados a través del principio superior del niño como precepto fundamental. Por consiguiente, en los casos de controversias entre derechos de niños y derechos de adultos, la cuestión debe resolverse en favor de los primeros; no cabiendo posibilidad de insertar este supuesto derecho dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Desde el punto de vista de la psicología, se enseñan que¹⁰³:

“el hijo significa para los padres la posibilidad de la trascendencia en el tiempo. A lo que aspira el padre o la madre es a que el hijo lo continúe no sólo en el cuerpo, sino fundamentalmente en el alma, que sea portador de otro lo que han sido sus valores e ideales. Esta es una razón del profundo e irrefrenable anhelo de todo adulto de ser padres”.

En ello, ese deseo en algunos casos puede verse frustrado por la infertilidad que afecta a uno o a ambos miembros de la pareja, constituyéndose en un

¹⁰¹ MOLINA, Alejandro. La fecundación artificial en el IX Congreso Mundial sobre derecho de familia, Buenos Aires, el Derecho, 1997, p. 17.

¹⁰² ABELLÁN, Fernando. Selección genética de embriones: entre la libertad reproductiva y la eugenesia. Granada, Editorial Comares, 2007. p. 142.

¹⁰³ ROJAS ALVITEZ, Karla. La Filiación Paterna en la Reproducción Humana Asistida. Chiclayo, Editorial Palabra, 2006, pp.71-74.

obstáculo que se opone a la decisión libre y consciente de dos personas de crear juntos otro ser humano.

De esta infertilidad surge como señala CAMBRÓN¹⁰⁴, *“la imposibilidad para ver realizado este deseo (...) siendo vivido como una desgracia biológica suprema”*; convirtiendo este deseo indubitable que existe en las parejas de poder ser padres, en una verdadera obsesión que buscará concretar este deseo, en un derecho jurídicamente reconocido.

Es por ello que este deseo de tener un hijo se vuelve para algunos un reconocimiento del “derecho” al hijo, en cuando ostentan el derecho a la procreación, derecho personalísimo que debe ser ejercido respetando ciertos criterios básicos, por cuanto si bien la procreación es una aspiración legítima de todo individuo, el derecho a la procreación no es absoluto; por el contrario es un derecho humano de naturaleza relativa, que debe encauzarse en el ejercicio responsable de la función procreativa, no pudiendo hacer prevalecer el interés personal o colectivo de procrear, frente al interés superior del niño, el cual merece su protección no sólo por su estado biológico sino sobre todo por el hecho de ser humano¹⁰⁵.

Por ello, aquellas personas que recurren a las Técnicas de Reproducción Asistidas, en razón a su “derecho al hijo” en cuanto se encuentran impedidos por el factor infertilidad se olvidan de la dignidad ontológica del ser, y que este tiene derecho a ser procreado como la persona que es y no fabricado como una cosa, puesto entender a un hijo como un derecho propio implicaría erróneamente la cosificación del mismo y la afirmación de la existencia de una relación de dominio injustificado del padre sobre el hijo.

¹⁰⁴ CABRON, A. Derechos fundamentales y reproducción asistida, Madrid, Trotta, 2001. p. 148.

¹⁰⁵ TORRES FLOR, Ana Lucía. Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2014. pp. 244-245.

1.2.4. Derecho al acceso a la Fecundación in vitro

Esta técnica se introdujo en la Medicina para tratar la esterilidad debida a la obstrucción de las trompas de Falopio, posteriormente, las indicaciones de esta técnica se han extendido al tratamiento de esterilidad de causas desconocidas, ya sea porque las parejas que no poseen óvulos o espermatozoides normales (mediante gametos provenientes de donantes), o la mujer no puede quedar embarazada (mediante el empleo de madres o vientres de alquiler)¹⁰⁶.

Esta técnica no es más que otro método de reproducción asistida, que consiste básicamente en reproducir con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo – que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio – de manera intra corpore¹⁰⁷; resaltando que antes de ser implantados en el útero de la mujer, los embriones son seleccionados según criterios morfológicos. Debiendo tener en cuenta que sólo son transferidos de dos a cuatro embriones como máximo, los demás son almacenados en los bancos de embriones para su posterior transferencia en caso de ser requeridos, o de no ser este el caso, serán utilizados en experimentación científica, mientras que otros serán desechados¹⁰⁸.

Queda claro que tanto esta “práctica científica” como este “proceso seleccionador” resulta ser más que una simple discriminación – en el supuesto de que nadie tiene el derecho de elegir qué vida es más apta que otra – por el contrario, representa un atentado contra la vida humana, puesto que nos encontramos ante un proceso científico que implica la manipulación biológica y genética del ser humano desde su concepción, buscando satisfacer los requerimientos de los futuros padres.

A nivel internacional la Sala Constitucional de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro sosteniendo que¹⁰⁹:

¹⁰⁶ REYES SALVADOR, J. Diario de una fecundación in vitro: Como sobrellevar un tratamiento de reproducción asistida, Madrid, S.A. EDICIONES B, 2007, p. 75.

¹⁰⁷ ABELLAN, Fernando. Reproducción asistida y responsabilidad médica, Granada, Comares, 2001. p. 67

¹⁰⁸ SAMBRIZZI, Eduardo. La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001. p. 12.

¹⁰⁹ HERNANDEZ EUCEDA, Rosa. La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación jurídica, Tesis para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas, El Salvador, Universidad del Salvador, 2003, p.59.

“El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo fundamental para esta Sala es que no resulta legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que, durante la ejecución de la técnica, se transfieren al útero embriones, previamente fecundados en laboratorios, a sabiendas de que la mayor parte de ellos están destinados a no generar un embarazo”.

Esta postura de la Sala Constitucional de Costa Rica no se aleja de nuestra realidad jurídica en cuanto consideramos que la vida se genera desde la concepción – así, nuestro Tribunal Constitucional determina que la concepción se da con la fecundación, de la cual se generará un nuevo ser *“(…) único e irreplicable, con su configuración e individualidad genética completa que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente”*¹¹⁰ – haciendo una manifestación clara sobre el rechazo a la manipulación genética y al descarte que se le pueda dar a un embrión, generando con ello una falta constitucional por cuando este es un ser humano dotado de dignidad y del cual se desprenden derechos que deben ser tutelados por el Estado.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Costa Rica por prohibir en su legislación la fecundación in vitro, señalando que, “el embrión no puede ser entendido como persona” y redefine arbitrariamente la concepción, asegurando que esta “tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero”. Los magistrados también fundamentaron su sentencia en que *“la protección del derecho a la vida (...) no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo”*¹¹¹.

Referencia desatinada primero, porque desconoce la concepción como momento en que inicia la vida de un ser humano y segundo, porque toma como requisito para la protección de la vida al desarrollo progresivo del ser humano; olvidando que toda vida humana tiene un valor inviolable, incluso el más débil tiene los mismos derechos que cualquier persona, pudiendo exigir de manera

¹¹⁰ STC del 15 de septiembre de 2009. {Exp. N° 02005-2009-PA/TC}. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

¹¹¹ QUISPE REMÓN, Florabel. “La fecundación in vitro: una visión desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Revista N° 65, julio 2013, 368 – 375.

indistinta la protección de la ley y el respeto por parte de otros, no pudiendo nadie afirmar qué vida vale más que otras.

A nivel nacional, nuestra normativa jurídica carece de una regulación precisa sobre el avance genético – FIV – y el impacto social que de estos se desprenden, pues haciendo un recuento normativo, nos encontramos con artículos dispersos sobre estas regulaciones, por ejemplo:

La Ley General de Salud (Ley N° 26841) art. 7 indica¹¹²:

"toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestacional recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos".

Ley de Propiedad industrial (Decreto Legislativo N°823) art. 28 inciso d señala¹¹³:

"no serán patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo".

Y, por último, en el Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 26102) en su artículo primero, se ordena lo siguiente¹¹⁴:

"todo niño y adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental".

Como podemos percibir no existe una regulación jurídica especializada sobre esta materia, ni planes de supervisión en centros de fertilización que nos garanticen que no se realizarán manipulaciones genéticas. En conclusión, el Estado debe proteger al concebido en todo en cuanto le favorece, actuando acorde

¹¹² Ley General de Salud, Op. Cit., p.4.

¹¹³ LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL {Decreto Legislativo N° 128} [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/DecLesg1075/52873b29-90f9-b411-e808-cf2293ff727b>

¹¹⁴ CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. 2000 [ubicado el 25.IX.2016]. Obtenido en: <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>

al principio *in dubio pro nasciturus*¹¹⁵ y sobre todo acorde a nuestra Constitución Política, la cual protege la vida humana desde la concepción – dándose desde la unión del espermatozoide y óvulo – no diferenciando la etapa de desarrollo en la que se encontrase la vida humana, ya sea embrión o niño recién nacido.

1.3. Reconocimiento legal de la libertad reproductiva

Para hablar de libertad reproductiva es preciso exponer la protección que ha venido recibiendo los llamados derechos sexuales y reproductivos, siendo necesario conocer lo que al respecto han resuelto los organismos tanto nacionales como internacionales; siendo estos últimos los que influyen con su jurisprudencia en la toma de decisiones de los tribunales internos.

1.3.1. Reconocimiento a nivel internacional

1.3.1.1. La anticoncepción oral de emergencia (AOE)

Como método de Planificación Familiar se implementó por parte del Ministerio de Salud a través de la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM¹¹⁶ - que entró en vigencia en el 2001 – por el que se amplía las Normas de Planificación Familiar, incorporando la AOE, o también llamada Píldora del día siguiente. Esta incorporación hizo que surgiera toda una polémica en torno a la AOE. Culminando con la respuesta del Tribunal Constitucional Peruano, interprete supremo de la Constitución, quien ordena al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguiente”, ya que bajo análisis del principio pro homine y el principio precautorio llega a existir dudas razonables sobre sus efectos, máxime si existen dudas sobre si la AOE altera el endometrio y en consecuencia inhibe el proceso de implantación del cigoto; queda establecido en la referida sentencia que la vida humana comienza con la

¹¹⁵ Cfr. Código Civil Art. 1°. - “*El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*”.

¹¹⁶ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 399-2001-SA/DM que amplía las Normas de Planificación Familiar, 13 de julio de 2001. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en <ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2001/RM399-2001.pdf>

concepción, misma que se produce durante el proceso de fecundación¹¹⁷, como bien señala la sentencia en cuestión¹¹⁸:

“[Es] con la fusión de las células materna y paterna con la cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo con el estado actual de la ciencia, constituye el inicio de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio”.

Sin embargo, pese a ser plausible la actitud tomada en primera instancia, con fecha 19 de agosto de 2016, el Juez Suarez que dirige el Primer Juzgado Constitucional de la Corte de Lima, emitió la Resolución N° 03 del Exp. N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01¹¹⁹ en donde concede una medida cautelas innovativa dentro del proceso de Acción de Amparo iniciado por la ciudadana Violeta Gómez; tomando como fundamentos trascendentes para la toma de decisión, lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) caso “Artavia Murillo y otros y la Norma Informativa 244 de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la que se señala que el anticonceptivo materia de análisis no tiene efecto abortivo.

Esta resolución estableció que la inacción del Estado sobre políticas públicas que permitan distribuir el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) generaba perjuicios a las mujeres a quienes estaba dirigido su consumo, incluso lo identifica en su considerando noveno como un “derecho colectivo” en donde la demandante solo pretendía defenderse de los efectos generados por la sentencia pasada que resultaban ser lesivos para el alcance de los derechos que ostentaba la colectividad femenina. Queda evidenciado que la resolución resulta injusta, en cuanto no reconoce a la concepción como el inicio de toda la vida humana, tal

¹¹⁷ SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa y VASALLO CRUZ, Kathya. “La ideología de género en el derecho peruano y en sus políticas públicas”, IUS Revista de Investigación de la facultad de derecho, N° 10, agosto 2015, pp. 9-10.

¹¹⁸ STC del 15 de septiembre de 2009. {Exp. N° 02005-2009-PA/TC}, Op. Cit. p. 18.

¹¹⁹ Exp. N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 del 19 de agosto de 2016. [Ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: http://www.justiciaviva.org.pe/new/wp-content/uploads/2016/09/Sentencia.AOE_.pdf

como lo establece el Art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Posterior a ello, el 02 de julio de 2019, se resuelve el Proceso Constitucional de Amparo, mediante Resolución N° 47¹²⁰, en la cual se ordena al Ministerio de Salud, a *“informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia denominado Píldora del día siguiente en todos los Centros de Salud del Estado (...)”*; fallo que obliga al Estado a desconocer lo establecido en el artículo 1 de la Constitución¹²¹ con respecto a la defensa de persona humana y el respeto a su dignidad, quedando con ello desprotegida la vida desde el momento de la concepción.

Incluso el reconocimiento de la concepción como inicio de la vida humana, es dejada de lado, puesto se considera que la interpretación realizada por la Corte Interamericana en el caso Artavia Murillo vs Costa Rica, del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es de carácter vinculante para nuestra legislación; olvidando que¹²²:

“si bien la CIDH tiene a su cargo la interpretación autorizada y defensa de los derechos contenidos en el Pacto de San José, no obstante, los principales garantes son los Estados, razón por la cual la protección que brinda la jurisdicción interamericana será siempre subsidiaria y complementaria, de ahí que su jurisdicción sea siempre facultativa”.

En ese sentido se debe entender que lo establecido en las jurisprudencias de la CIDH se aplicará siempre y cuando el derecho interno de los Estados sea insuficiente para una adecuada protección de

¹²⁰ STC del 02 de julio de 2019. {Exp.N° 30541-2014-0-1801-JR-CI_01}. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/P%C3%ADldora-del-d%C3%ADa-siguiente.pdf>

¹²¹ Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU Art. 1. – la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

¹²² MELGAR RIMACHI, Adriana. “Apuntes sobre el rol del Tribunal Constitucional peruano como intérprete convencional en el control difuso de convencionalidad. XI Jornadas Internacionales de Derecho Natural”, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, agosto 2015. p. 25.

los derechos humanos. Esto es incluso sostenido por el Tribunal Constitucional al señalar que¹²³:

“(…) Esto implica que si la normativa doméstica (legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter) y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no garantizan los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional, el Estado debe adecuarlas o, en su caso, suprimirlas y crear garantías que verdaderamente protejan los derechos fundamentales”.

En la misma línea de ideas, al reconocer – erróneamente – que la “concepción” se inicia con la “anidación o implantación”, y no en la fusión de los gametos paternos y maternos, se determinó que los efectos anti-implantatorios del Levonorgestrel, que ocurrían antes de la anidación, no afectaría al concebido.

Postura muy cómoda que facilita la resolución del caso materia de análisis, por cuanto al dejar de reconocer el inicio de la vida de todo ser humano desde la concepción – cabe recalcar que en la sentencia solo se observan posturas a favor del uso de la píldora del día siguiente por considerarlas no abortivas, tal es el caso del Informe facilitado por la Defensoría del Pueblo, lo señalado por la Universidad Peruana Cayetano Heredia o lo establecido por la Organización Mundial de la Salud, la cual claramente manifiesta que “no son eficaces una vez que la comenzado el proceso de implantación(…)”¹²⁴, más no precisa qué sucede antes de ello – resulta factible la implementación de este método anticonceptivo dentro de nuestro sistema de salud.

¹²³ STC del 18 de noviembre de 2014. {Exp. N° 04617-2012-PA/TC}. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA%20Reposicion.pdf>

¹²⁴ DEPARTAMENTO DE SALUD REPRODUCTIVA E INVESTIGACIÓN ORGANIZACIONAL MUNDIAL DE LA SALUD. “Hoja informativa sobre la seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia”, Revista de la Organización Mundial de Salud”, N°1, 2010, pp.1-2

1.3.2. Reconocimiento a nivel nacional

1.3.2.1. K.L. vs Perú – Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

La siguiente información ha sido extraída del artículo de VILLANUEVA FLORES¹²⁵.

K.L., era una adolescente de 17 años, tenía 19 semanas de gestación y estaba embarazada de un feto anencefálico. Sin embargo, un hospital público le negó la posibilidad de interrumpir su embarazo.

En febrero de 2002 Demus – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer –, CLADEM – Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos Humanos de la Mujer – y el CRLP – *Center for Reproductive Law and Policy* – presentaron una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, denunciando al Perú por violar, los artículos 2°, 3°, 6°, 7°, 17°, 24° y 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el caso de K.L.

En efecto, el 27 de junio de 2001, en el Hospital Arzobispo Loayza, se le realizó una ecografía diagnosticándosele que estaba embarazada de un feto anencefálico. El 3 de julio, el doctor Ygor Pérez Solf, médico obstetra del mencionado hospital le informó que tenía dos opciones: continuar con el embarazo o interrumpirlo, aconsejándole optar por la segunda de ellas. La citada adolescente decidió interrumpir el embarazo, realizándosele las pruebas clínicas pertinentes, las que confirmaron el padecimiento del feto.

El 19 de julio, fecha en la que debía ser internada para la intervención, el doctor Pérez informó a K.L. que debía solicitar por escrito autorización al director del hospital. Como K.L. era menor de edad, su madre presentó dicha solicitud. El 24 de julio de 2001, el doctor Maxiliano Cárdenas Díaz, director del Hospital Loayza, respondió por escrito que no era

¹²⁵ VILLANUEVA FLORES, Rocío. “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, Revista IIDH, N° 43, 2018, pp. 391 – 450.

posible realizar la interrupción del embarazo, pues en el Perú sólo está despenalizado el aborto terapéutico.

El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto de la fecha prevista para el parto, K.L. dio a luz una niña anencefálica que vivió cuatro días, período en el cual la referida adolescente tuvo que amamantarla.

A la luz de los hechos descritos, las denunciantes alegaron ante el Comité de Derechos Humanos que “el embarazo forzado de K.L. constituyó un peligro cierto para su integridad física y psíquica, peligro que no podía evitarse sino con su interrupción”. Por otro lado, presentaron la declaración médica de los doctores Aníbal Faúndez y Luis Távara, quienes señalaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para el feto en todos los casos y que un embarazo de ese tipo ponía en peligro la vida de la madre.

Asimismo, las peticionarias alegaron que se debía exceptuar del requisito del agotamiento de los recursos internos, pues, en atención a lo establecido por el propio Comité en múltiples ocasiones, el autor no está obligado a agotar un requisito que sería ineficaz. En este orden de ideas, se señaló que los recursos judiciales disponibles a nivel nacional eran ineficaces para el presente caso.

Cabe señalar que el Estado peruano no presentó al Comité ninguna información sobre la admisibilidad o el fondo del caso, pese a haber sido requerido para ello mediante recordatorios de 23 de julio de 2003, 15 de marzo y 25 de octubre de 2004. Ello significa que no presentó elemento alguno que permitiera desacreditar lo señalado en la comunicación.

Mediante dictamen de 24 de octubre de 2005 (Comunicación N° 1153/2003), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió que en este caso el Perú había vulnerado los artículos 2°, 24°, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran los derechos a un recurso efectivo, a no ser discriminado por

razón de la edad, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a la no injerencia arbitraria en la vida privada. El mencionado comité sostuvo que:

- a. La omisión del Estado en no conceder el aborto terapéutico a K.L., quien estaba embarazada de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento por el que ella tuvo que pasar, sufrimiento moral prohibido por el artículo 7° del Pacto.
- b. Al negar a K.L. la posibilidad de una intervención médica para suspender su embarazo –a pesar de que un médico le informó que tenía la posibilidad de continuarlo o suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre–, el Estado peruano interfirió de manera arbitraria en su vida privada, revelando una violación del artículo 17° del Pacto.
- c. Al no recibir K.L. el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas del caso, ni durante ni después del embarazo, el Estado peruano vulneró el artículo 24° del Pacto.
- d. Al no contar K.L. con un recurso adecuado, el Estado peruano vulneró el artículo 2° en relación con los artículos 7°, 17° y 24° del Pacto.

Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en atención al apartado a) del párrafo 3 del artículo 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispuso la obligación del Estado peruano de otorgar a K.L. un recurso efectivo que incluya una indemnización, así como la de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro; concediéndole un plazo de 90 días para informar sobre las medidas que hubiera tomado para dar cumplimiento al referido dictamen.

Sobre esta sentencia de manera breve me gustaría refutar algunas cosas. Si bien el supuesto del aborto que solicitaba la madre de la menor

K.L. podría recaer en el llamado aborto terapéutico; para que este se haga efectivo debe existir un informe médico concreto que especifique que la vida de la madre se encuentra en peligro. En el presente caso, se puede observar que la menor K.L. pudo concluir su embarazo de manera satisfactoria – sin presentar complicación alguna – por cuanto nos encontraríamos ante la presencia de un aborto sentimental motivado por la confirmación de la malformación del bebé, malformación que no implicaba afectación alguna a la vida de la madre, por tanto, no se configuraría el aborto terapéutico.

1.3.2.2. Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica

La siguiente información ha sido extraída del artículo de DE JESUS CASTALDI & OVIEDO ALVAREZ¹²⁶.

El 28 de noviembre del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una polémica resolución contra Costa Rica en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica.

Como primer antecedente la fecundación in vitro (FIV) se prohibió en Costa Rica mediante la Resolución del 15 de marzo de 2000, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. En ella se declaró inconstitucional una regulación previa, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de febrero de 1995, que originalmente permitía y reglamentaba la FIV. La razón para prohibirla fue porque viola el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) referido al “Derecho a la Vida”, que protege la vida humana desde el momento de la concepción expresamente, al señalar¹²⁷:

¹²⁶ DE JESUS CASTALDI, Ligia y OVIEDO ALVAREZ, Jorge. “El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro): La redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana” en Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, Querétaro, Centro de investigación social avanzada A.C., 2016. pp. 10-16.

¹²⁷ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 1969. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En aquella ocasión, la SCJ_CR prohibió la FIV, argumentando que ésta produce la pérdida de un gran número de embriones en estadio temprano. De ahí su decisión de proteger eficazmente al embrión desde el momento mismo de la concepción, como manda la Convención.

Posteriormente, en el año 2008, un grupo de parejas costarricenses con problemas de infertilidad demandó a su país, alegando que la decisión del año 2000 de la Suprema Corte atentaba contra la libertad de formar una familia, también defendida en la Convención. Es importante mencionar, que el primer grupo de parejas que interpuso la demanda se desistió de ella cuando supo de los efectos secundarios y de los daños que se producían al embrión como resultado de la FIV. Sin embargo, otras parejas tomaron dicho reclamo y lo llevaron adelante.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tomó el caso y después de aplicar algunos métodos interpretativos en torno a la fracción ya mencionada, la Corte IDH llegó a cuatro conclusiones:

- a. Se afirmó “que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”.
- b. Separó los conceptos de “concepción” y de “fertilización”, asegurando que “la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar hasta el momento en que el embrión se implanta en el útero, por lo tanto, lo estipulado por la Convención no se aplicaría antes de este evento.
- c. Afirmó que, de acuerdo con la expresión “en general”, la protección del derecho a la vida no puede ser absoluta, “sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional”.

- d. Concluyó que “el objeto directo de protección (del artículo 4.1) es fundamentalmente la mujer embarazada”.

Uno de los argumentos centrales de esta Corte en su fallo final contra Costa Rica, fue que la concepción sólo se puede comprobar hasta el momento de la implantación, y que por tanto el embrión pre-implantatorio no merece tutela alguna. De esta manera, la Corte IDH fundamentó su resolución intentando redefinir el término concepción, considerándolo como un proceso que se puede considerar hasta la implantación del embrión, y no desde la fertilización o unión de óvulo y espermatozoide, según el uso corriente y científico del término.

En base a lo anterior, la Corte resolvió que la prohibición de la FIV vulneraba la integridad personal, la libertad, la vida privada y el derecho a la familia de los peticionarios. En su condena al estado costarricense, esta instancia ordenó, dentro de una larga serie de peticiones, la modificación de su legislación con el fin de incluir un reglamento que permita de nuevo el ejercicio de la técnica de FIV en dicho país.

Otras peticiones de la Corte IDH al gobierno costarricense, es que implemente las técnicas de FIV en su sistema de seguridad social, así como indemnizar económicamente a las parejas demandantes. Sin embargo, salvo esto último, las dos primeras disposiciones aún no han sido realizadas, en parte porque algunas son de costosa implementación, pero también por la gran polémica que han desatado. De hecho, este año 2016 otro grupo de pacientes costarricenses presentó una nueva queja ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentado como el caso “Gómez Murillo y otros (FIV), con respecto de Costa Rica”, ya que la prohibición general para realizar las técnicas de FIV aún no se ha modificado.

Sobre esta sentencia, considero que el estado de Costa Rica, había aplicado correctamente el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y que por el contrario el fallo de la Corte IDH atenta directamente contra la vida y dignidad del ser humano, por cuanto

desconoce a la concepción como el momento en el que se genera la creación de una nueva vida, puesto interpreta de manera errada la frase “(...)en general, desde el momento de la concepción”, expresión que en ningún momento alude a una exclusión o excepción, ni mucho menos da pie a una interpretación independiente de cada estado.

1.4. Colofón

Como queda evidenciado, la libertad es uno de los derechos civiles más importantes que tenemos, en cuanto implica que uno puede hacer lo que quiera, pero siempre dentro del marco de la ley; además sin su reconocimiento, muchos de los demás derechos no podrían ejercerse, siendo este derecho irrenunciable, tal como lo establece el Art.5 del Título II del Código Civil Peruano.

Es por ello que, en el marco de nuestra investigación, la libertad reproductiva toma un papel importante dentro de la historia del feminismo, por cuando en sus inicios la reproducción, pese a ser un acto biológico exclusivo de la mujer, era controlado la mayoría del tiempo por los hombres. Entonces, una de las metas de la revolución feminista fue – y actualmente sigue siendo con ciertas variaciones – *“la eliminación de las clases sexuales, el control de la reproducción (...) y que se restaure a la mujer la propiedad sobre sus propios cuerpos (...)”*¹²⁸.

Es esta misma búsqueda descontrolada y sin límites que ha generado la creación de los denominados “derechos sexuales y reproductivos”, los cuales no se encuentran reconocidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico y mucho menos señalados por de la Constitución peruana.

Pese a ello, este grupo que busca el reconocimiento de los “derechos sexuales y reproductivos” considera que existen una serie de derechos que están intrínsecamente relacionados al “derecho” propuesto, este sería el caso del derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad de conciencia, a la libertad de información, a la intimidad personal, entre otros¹²⁹.

¹²⁸ SHULAMITH, F. Op. Cit. p. 12.

¹²⁹ MELZI TAURO, Fiorella. Los Derechos Sexuales y Reproductivos, Derechos Humanos de las y los adolescentes, Perú, Ediciones Nova Print S.A.C., 2014. p. 58.

Sin embargo, al analizar el siguiente concepto¹³⁰ de los “derechos sexuales y reproductivos”:

“Toda persona tiene derecho a decidir con quién, cuándo y cómo tiene, o no hijos y relaciones sexuales. Son los derechos que garantizan la libre decisión sobre la manera de vivir el propio cuerpo en las esferas sexual y reproductiva”.

Nos damos cuentas que estos “derechos” buscan una libertad desmedida en cuanto a la toma de decisiones del propio cuerpo, con lo cual en ciertas ocasiones pueden incluso llegar a atentan directamente contra el derecho a la vida, puesto buscarían un control de natalidad orientado en prácticas abortistas, al no reconoce límites al momento de la “toma de decisiones sobre la reproducción”; asimismo, también ésta libertad desmedida busca la creación del llamado “derecho al hijo”, en donde las personas harán uso de cualquier técnica reproductiva para lograr la procreación. En ambos casos podemos darnos cuentas que el llegar a reconocer jurídicamente este “derecho”, conllevaría paralelamente al reconocimiento del derecho al aborto y el “derecho al hijo” y son justamente estos “derechos” los que permitirían la realización plena de la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler dentro de cualquier ordenamiento jurídico, puesto cualquier técnica reproductiva empleada sería considerada válida.

Sin embargo, siguiendo la línea de esta investigación, se debe tener en cuenta que la realización de esta práctica debería quedar totalmente descartada por cuanto consideramos que el derecho al aborto es antijurídico y porque no existe el derecho al hijo.

En el caso del derecho al aborto, varios informes técnicos – uno de ellos el Informe Técnico elaborado por el Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia – USAT¹³¹, demuestran que la vida se inicia con la concepción; y al ser el aborto la eliminación de un ser humano indefenso, estamos ante la presencia de un acto antijurídica; convirtiéndose en un mero dato biológico y jurídicamente irrelevante el hecho de que este ser humano se desarrolle en el vientre de la madre; en este caso debe

¹³⁰ VALDIVIESO CARIOLA, María Ignacia. Derechos Sexuales y Reproductivos en la Atención Primaria de Salud, Tesis para optar el grado de Sociólogo, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2015. p. 5.

¹³¹ INSTITUTO DE CIENCIAS PARA EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA – USAT. Op. Cit. p.3

prevalecer el derecho a la vida, por sobre el derecho a la libertad individual desmesurada que alegan las mujeres pro – abortistas.

Sobre el denominado “derecho” al hijo, debemos señalar que este no existe, por cuanto no podemos olvidar la dignidad ontológica del ser y que este nuevo ser tiene derecho de ser procreado como la persona que es y no fabricado como una cosa; así mismo, entenderlo de otra forma implicaría erróneamente la cosificación del mismo y la afirmación de la existencia de una relación de dominio injustificado del padre sobre el hijo.

Lo cierto es que, consideramos que no es necesario recurrir a nuevos derechos que atenten contra la dignidad y la vida de las personas, por cuanto, dentro de nuestra Constitución el art. 6 señala que¹³²:

“La política nacional de población, tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios (...)”.

En este caso, lo inmediato y necesario sería la búsqueda de políticas públicas orientados a la familia, tal como lo iremos explicando a lo largo de nuestra investigación.

En conclusión, a lo largo de la historia, las mujeres han pasado de buscar un reconocimiento igualitario de sus derechos frente a los hombres – teniendo en cuenta la discriminación por el género – a un ejercicio abusivo de sus libertades – proveniente de movimientos actuales como la ideología de género –, los cuales pretenden dentro de la sociedad, el reconocimiento absoluto del control de la mujer sobre su propio cuerpo, desconociendo los límites propios y de carácter natural que surgen en toda mujer en etapa reproductiva, esto cuando se busca legalizar la práctica de la abortifacientes y disponer de la vida de un tercero, en este caso del concebido; o cuando frente a una incapacidad reproductiva, las parejas buscan a toda costa convertirse en padres, acudiendo para ello a la práctica de vientre de alquiler, el cual implica un atentado contra la dignidad de los involucrados.

¹³² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERU. Op. Cit. p.58.

CAPÍTULO II: VIENTRE DE ALQUILER COMO PRÁCTICA SOCIALMENTE ACEPTADA Y SUS MECANISMOS DE INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En la actualidad las técnicas de reproducción asistidas son procedimientos válidos, que son aceptados en el Perú por la Ley General de Salud; sin embargo, el vientre de alquiler no es una práctica contemplada por esta ley, ni por otra que se encuentre regulada dentro de nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de ello, la sociedad se muestra permisiva, puesto se solidariza con aquellas parejas que tienen la imperiosa necesidad de convertirse en padres, llegando al punto de ejercer su libertad sin límites, recayendo con ello en un abuso del derecho.

2.1. Vientre de alquiler

2.1.1. Aspectos generales sobre el vientre de alquiler

2.1.1.1. Antecedentes del vientre de alquiler

El primer dato del uso de una madre sustituta gestante en la historia, lo encontramos en el Antiguo Testamento. La mujer de Abraham, Sarai, era estéril, por lo que permitió que su marido concibiera un hijo con una de sus esclavas¹³³:

“Aquí está mi sierva Bilha; llévate a ella para que dé a luz sobre mis rodillas, por que por medio de ella yo también tenga hijos”.

Los siguientes datos que se encuentran sobre esta técnica se dan en el siglo XVIII a.C en Mesopotamia. En concreto, el Rey Hammurabi creó en 1780 a.C un código que decretaba que las mujeres estériles con deseos de tener hijos podían otorgar una de sus esclavas a sus maridos para concebir un hijo y evitar que él se buscara una concubina¹³⁴.

En la Grecia antigua se describen casos como el de Deyotaro y su esposa Estrotónica, la cual al ser estéril no podía darle hijos a su marido

¹³³ SAGRADA BIBLIA. Versión oficial de la Conferencia Episcopal Española, Madrid, Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. 2011. p. 4.

¹³⁴ ORBEA CORRALES, Byron. Derechos contenidos en la Maternidad Subrogada, Tesis para optar el grado de Licenciado, Quito, Pontifica Universidad Católica del Ecuador, 2012. pp.14-15.

y eligió a una prisionera para procrear a sus hijos y que ella pudiera tratarlos como propios¹³⁵.

Uno de los primeros casos documentados de la antigüedad sobre la maternidad subrogada, se halló en unas tablillas cuneiformes descubiertas en 1948 en el yacimiento de Kültepe-Kanesh, en Turquía. Los investigadores descifraron una de las 25 000 tablillas y afirman que se trata de un contrato matrimonial que estipulaba que el marido tiene la opción de recurrir a una prostituta sagrada – una hieródula – o a una esclava en caso de que su esposa legítima no le pueda dar descendiente. El bebé se convierte entonces en el legítimo heredero y la mujer gestante recibía una importante donación o la libertad¹³⁶.

En 1980, se conoce el primer caso documentado de vientre de alquiler, cuando Elizabeth Kane – pseudónimo – aceptó ser gestante a cambio de una compensación monetaria. Kane recibió 10 mil dólares por la entrega del bebé. Sin embargo, después de haber renunciado a sus derechos paternos, Kane lamentó su decisión y se convirtió en una de las principales voceras de Estados Unidos en contra de estos procedimientos¹³⁷.

Asimismo, uno de los casos más llamativos, es el caso dado en Nueva Jersey en el año 1987, caso del Baby M, aquel en donde la madre gestante se negó a entregar al hijo a los solicitantes, a continuación, procederemos a explicar el caso.

William y Elizabeth Stern contrataron a Mary Beth Whitehead para que tuviera un niño. El contrato estipulaba el compromiso, por parte de la Sra. Whitehead, de renunciar a sus derechos maternos a cambio de recibir 10 mil dólares por compensación de gastos y servicios. Al nacer

¹³⁵ *Ibidem*. p. 16.

¹³⁶ FERÁNDEZ, Vicente. Esta tablilla de barro era un contrato prematrimonial de hace 4000 años. [ubicado el 01.III.2020]. Obtenido en: <https://www.quo.es/ser-humano/a69199/contratos-prematrimoniales-en-la-antigüedad/>

¹³⁷ BARTOLIN ESPARZA, Marcelo; RODRIGUEZ ALCOCER, Adrián y PEREZ HERNÁNDEZ, Cándido. Maternidad subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos [EMFR], México D.F., Mujeres Independientes en Acción A.C, 2014. pp. 14-15.

la niña – concebida por inseminación artificial con el espermato del Sr. Stern – la Sra. Whitehead se resistió a entregarla y huyó con ella a Florida, donde fue localizada por un detective privado contratado por los Stern y la niña fue entregada a su padre genético. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey declaró inválido el contrato en 1988 por considerarlo una afrenta a la política pública, además de referirse al pago como algo ilegal, quizá criminal y potencialmente degradante para las mujeres. En su fallo, la Corte reconoció a Whitehead como madre genética de la menor, pero otorgó la custodia de Baby M a los Stern y concedió a Mary Beth el derecho de visita¹³⁸.

Con estas referencias, el fenómeno de la práctica de maternidad subrogada se ha presentado en diversas partes del mundo bajo distintas modalidades, provocando en muchos casos conflictos filosóficos, religiosos e incluso legales, este último manifestado a través de los diversos vacíos legislativos que se han venido generando con la continuidad de esta práctica.

2.1.1.2. Definición y tipos de la maternidad subrogada o vientre de alquiler

Diversos autores han definido a lo largo de los años en qué consiste la maternidad subrogada, y en general si bien cada uno establece algo que resulta estructuralmente distinto – por temas de redacción –, todos llegan a una misma conclusión, la maternidad subrogada o vientre de alquiler, consiste en el acto mediante el cual una mujer gesta en su vientre un ser humano – que podrá ser genéticamente de ella o no – para otra persona, con la finalidad de entregarlo después de nacer.

Para concretar esta conclusión que hemos podido plantear sobre la maternidad subrogada, procederemos a hacer referencia a algunas definiciones que se ha podido revisar a lo largo de la investigación:

Iniciaremos señalando que en su acepción vulgar el vocablo “subrogar” significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra.

¹³⁸Ibíd. pp. 16-17.

Podríamos hablar de una suerte de reemplazo de una persona o un objeto que cumplen una función y que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignadas a los primeros¹³⁹.

La ciencia médica¹⁴⁰ define a la maternidad subrogada como:

“la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre. A su vez, distingue como maternidad gestional a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestión”.

Para CANO subrogar significa¹⁴¹:

“Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se trata de una especie de reemplazo que cumple una función que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otro que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros”.

CASTILLO FREYRE señala¹⁴²:

“La maternidad subrogada es la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación mujer de quien procede el óvulo o mujer gestante”.

El informe WARNOCK la reconoce como¹⁴³:

“Práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca (...) esta técnica que posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, puede desarrollarse con las siguientes variantes: a) la pareja comitente aporta el material genético en su

¹³⁹ Cfr. CANO, María. “Maternidad subrogada”, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, N° 2, diciembre 2001. p. 1.

¹⁴⁰ Cfr. DICCIONARIO DE MEDICINA, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra. 2000. [ubicado el 01.III.2019]. Obtenido en: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/maternidad-subrogada-alquiler-etica>

¹⁴¹ CANO, R. Maternidad subrogada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007. p. 105; citado por VELÁSQUEZ VARGAS, Marlene. Necesidad de incluir el delito de contrato de maternidad subrogada en el Código Penal peruano, Tesis para optar el grado académico de Magister en derecho procesal penal, Arequipa, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, 2015. p.115.

¹⁴² TORRES MALDONADO, Marco y CASTILLO FREYRE, Mario. Vicisitudes y perspectivas en torno a la maternidad subrogada en el Perú. 2014. [ubicado el 01.III.2020]. Obtenido en: <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/9/download/>

¹⁴³ AGUILAR MONTERO, Luis. “El informe Warnock”. 2018. [ubicado el 01.III.2020]. Obtenido en: <https://pdfs.semanticscholar.org/1d03/62c1713e075c2dba48f95f83e6195bc8e7d9.pdf>

totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento; b) la madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido; c) el material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero”.

Para EMILIO AGUILAR¹⁴⁴:

“Consiste en un acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto, compromiso o contrato, mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”.

En pocas palabras, la maternidad subrogada que proponen los diversos autores no discrepa del planteamiento realizado en las primeras líneas; sin embargo, las nuevas aportaciones que de estas referencias se desprende sería la posibilidad – errada a mi entender – de considerar a la maternidad subrogada como un acuerdo contractual.

Otro factor interesante que aportan los autores sobre este tema es la posibilidad que tiene la persona que solicita los servicios de maternidad subrogada de poder decidir la “modalidad” para acceder a este “servicio” – entiéndase brindando material genético o no; y además nosotros podemos adicionar la motivación para acceder a estos servicios – quizá la imposibilidad de la mujer de poder engendrar o la falta de interés de esta de pasar por el proceso de gestación.

En cuanto a las modalidades en que se puede dar la maternidad subrogada o vientre de alquiler, existen varios tipos de clasificaciones; VELA SÁNCHEZ propone la siguiente clasificación¹⁴⁵:

- La pareja comitente aporta totalmente el material genético, es decir, que tanto el óvulo como el espermatozoide son de la pareja

¹⁴⁴ AGUILAR GOMEZ, Emilio José. Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana, Cartagena, Universidad Libre Sede Cartagena, 2010. p.25.

¹⁴⁵ VELA SÁNCHEZ, A. “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, Diario La Ley, N° 7608, abril 2011. pp. 1-2

comitente y la madre subrogante recibe el embrión en su útero con el fin de gestarlo.

- La mujer comitente aporta el óvulo fecundado por un donante anónimo de esperma, es decir, el esperma pertenece a un hombre que no es el padre comitente.
- La madre gestante aporta el material genético y este óvulo será fecundado con el esperma de la pareja de ésta, por el padre comitente o por la donación anónima de un tercero.
- El material genético no es de ninguno de los padres comitentes, es decir, es aportado por personajes ajenas a los comitentes o al comitente y la madre subrogada tan sólo cede su útero y gesta al embrión.

Este autor solamente se basa en una clasificación en cuanto a la aportación del material genético, sin embargo, otro autor propone una clasificación no solo basado en el aspecto genético, sino, además en razón a lo que motiva a la mujer para prestar o alquilar su vientre, que a mi parecer es una clasificación más precisa.

Esta clasificación es propuesta por DÍAZ ROMERO, el cual plantea por un lado la variante “gestacional o la tradicional” y por otro la modalidad “altruista o la comercial”¹⁴⁶:

- Variante gestacional o la tradicional. – En la primera de ellas, la madre subrogada tan sólo llevará adelante el embarazo en su vientre y no tendrá ninguna relación genética con el bebé nacido, pudiendo ser utilizados para la fecundación gametos de los futuros padres, o bien de donantes anónimos, que serán introducidos en la madre portadora a través de la técnica de la fecundación in vitro (FIV). En cambio, en la segunda opción, la mujer gestante aportará

¹⁴⁶ Ibídem. p. 3.

tanto su útero, como sus propios óvulos que serán fecundados, habitualmente, mediante inseminación artificial (IA).

Este último supuesto no se trata estrictamente de un vientre de alquiler, ya que la subrogada se convertirá también en la madre biológica del niño, lo cual no es muy recomendable al ser mayor la problemática que se podría suscitar al existir un vínculo biológico cuando ocurre este tipo de maternidad subrogada, se acostumbra recurrir a la adopción por excepción para poder transferir la patria potestad del menor a la madre “adquiriente”, acto que se ve en la jurisprudencia peruana, de la cual se hablará más adelante.

- Gestación altruista o comercial. – De modo altruista, es decir, sin contraprestación alguna a cambio de la misma (aunque permitiendo ciertos ordenamientos jurídicos que se satisfagan los gastos estrictamente necesarios derivados de la gestación), o bien, bajo la modalidad conocida como subrogación comercial, en la que la madre subrogada llevará a cabo el embarazo a cambio de un precio.

Considero que aun siendo prestado este “favor” de modo altruista, no deja de ser un “servicio” gratuito que se le hace a una tercera persona, olvidando que dentro de esa relación existe la presencia del concebido, cuyos derechos deben prevalecer por sobre la voluntad de los terceros de disponer de este, pues lo estarían considerándolo como un objeto libre de comercio.

2.1.1.3. Tratamiento legal en el Perú

Para el presente trabajo es necesario examinar si nuestro ordenamiento jurídico cuenta con normas, ya sea de manera expresa o tácita, que contemplen esta práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler. De igual forma se procederá a exponer la Casación de la Corte Suprema N° 563-2011 Lima y la Resolución del Quinto Juzgado Constitucional de Lima recaída en el Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, cuyos fallos han generado repercusión en nuestro sistema jurídico.

Si bien es cierto, nuestro ordenamiento interno no contempla una ley que regule la maternidad subrogada o vientre de alquiler, empero, existe una mención que no es lo suficientemente clara sobre el tema, en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, el cual dispone¹⁴⁷:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de la infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos de la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Es a partir de dicha disposición que trataremos de esclarecer si esta permita la fecundación homóloga o heteróloga – ambas o ninguna – que da pie a la figura de la maternidad subrogada y si dicha práctica se encuentra acorde con los principios que irradian nuestro ordenamiento jurídico.

El art. 7 e la Ley General de Salud sostiene que es un “derecho recurrir al tratamiento de la fertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida”. Reconoce como derecho humano a las parejas heterosexuales, ya sean vinculadas por matrimonio o por unión de hecho, la facultad de tener hijos con ayude de la tecnología. Por ello, el Estado tiene el derecho de proteger y promover dicho derecho. No obstante, es cierto que el niño nunca podrá ser objeto de derecho subjetivo. El hecho de contraer matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener prole, simplemente les atribuye el derecho – deber a realizar los actos sexuales propios de procrear. Del mismo modo debe entenderse aplicable lo dicho para las uniones de hecho¹⁴⁸.

En otras palabras, como ya hemos analizado en el capítulo anterior, las personas tienen el derecho de procrear; sin embargo, su libertad no

¹⁴⁷ Cfr. LEY GENERAL DE SALUD, Op. Cit. p.4.

¹⁴⁸ MORAN, C y GONZALES, M. “Los acuerdos de maternidad subrogada. A propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la Corte Suprema”, Revista Jurídica Thomson, N°7, octubre 2013, pp. 46-47.

puede lesionar los derechos fundamentales de otro sujeto, en este caso el concebido, el cual es sujeto de derecho tal como proclama el art. 2.1 de la Constitución Política¹⁴⁹ y el art. 1 del Código Civil de 1984¹⁵⁰.

Con referencia a “(...) siempre que la condición asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona” tal frase es la que causa mayor controversia sobre si está o no permitida la subrogación. Puesto si nos basamos en una interpretación literal de dicho dispositivo podría llegarse a afirmar que claramente si sería admisible la fecundación homóloga ya que, si se ajustaría que en la persona de la madre subrogante recaería tanto la condición de madre biológica como la de madre gestante. Sin embargo, sobre la fecundación heteróloga la situación es totalmente contraria¹⁵¹.

De lo expuesto, puede afirmarse que la fecundación heteróloga – aquella en donde no recae la condición de madre gestante y madre biológica – se encuentra prohibida por el art. 7 de la Ley General de Salud, sin embargo, resulta distinta la situación de la fecundación homóloga, la cual aparentemente sería admisible, abriendo un camino jurídico para la práctica de maternidad subrogada, la cual tendría como acción final para cumplir a cabalidad su objetivo – el entregar a la criatura a los padres “solicitantes” – el mecanismo de adopción por excepción.

Para DELGADO MARTÍNEZ, el art. 7 de la Ley General de Salud, es ambiguo, ya que de su tenor se puede interpretar que sí prevé la práctica de la maternidad subrogada – a través de la fecundación homóloga –, pero no precisa cuál de las dos formas: la altruista o la comercial, o si

¹⁴⁹ Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERU ART. 2.1. – “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

¹⁵⁰ Cfr. CODIGO CIVIL PERUANO ART. 1: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

¹⁵¹ MORAN, C y GONZALES, M. Op. Cit. p.48.

ambas estarían permitidas¹⁵². Sin embargo, recomienda que el legislador al ejercer su función legislativa deba remitirse a lo siguiente:

- El principio del interés superior del niño, principio que es reconocido por el artículo 3.1 de la Convención del Niño y el adolescente, que establece que¹⁵³:

«En todas las medidas concernientes a los niños tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño».

- El art. 9 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que establece que¹⁵⁴:

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Es por ello, que no se pueden dar leyes que atenten contra los derechos que, de este, así como de cualquier persona se desprenden – derecho a la identidad, integridad, etc. Del mismo modo, no se puede apreciar al concebido como un objeto de un contrato, puesto que estaríamos hablando de una cosificación del nuevo ser.

Así pues, es pertinente señalar que existe una contradicción entre lo que dispone el artículo 7 de la Ley General de Salud, por contradecir con los principios vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, siendo uno de los principales el de dignidad humana; debido a que se atenta tanto contra el concebido como con la madre subrogante, puesto esta última es vista

¹⁵² DELGADO MARTINEZ, Ana Sofía. Maternidad subrogada: problemática actual que requiere regulación. 2017. [ubicado el 25.IX.2016]. Obtenido en <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2017/09/MATERNIDAD-SUBROGADA.pdf>

¹⁵³ CONVENIO SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO 2006 [ubicado el 25.IX.2016]. Obtenido en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

¹⁵⁴ CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. Op. Cit. p.3.

como un medio para alcanzar el fin de terceros que buscan satisfacer sus deseos de ser padres.

Antes de proceder al análisis de las sentencias es necesario aclarar el panorama y establecer por qué no se puede considerar a la práctica del vientre de alquiler o maternidad subrogada como un acto jurídico válido dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La maternidad subrogada, analizada desde el punto de vista de los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos en nuestro ordenamiento, es un acto jurídico viciado de nulidad, y dicho carácter se da, compartiendo el criterio de VARSÍ y CÁRCABA FERNÁNDEZ¹⁵⁵, por los siguientes casos:

- Objeto física y jurídicamente imposible, ya que el cuerpo humano y sus respectivas funciones están fuera del comercio de los hombres.

Para VIDAL RAMÍREZ¹⁵⁶, la imposibilidad jurídica sería el elemento que volvería la relación jurídica inexistente, al estar afuera del marco legal y jurídico.

- Fin ilícito, en la medida en que además de la utilización del cuerpo humano y sus funciones para el comercio, se busca disponer sobre el proyecto de vida de un nuevo ser, por libre acuerdo de los signatarios. Entonces a instancia de partes, la vida del concebido en la relación jurídica material no estaría siendo más que parte del objeto este acto jurídico.

¹⁵⁵ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana, Madrid, Editorial Bosch, 1995, p.169.

¹⁵⁶ Vidal Ramírez, citado por GALARZA MARIÑO, Nibya. “Determinación de filiación en los casos de maternidad subrogada”, Boletín virtual de la Facultad de Derecho, N° 3, septiembre 2008, p.4.

Al ser actos cuyo fin es ilícito, no son exigibles, pues son actos jurídicos nulos, de conformidad con lo establecido por el artículo 219 de nuestro Código Civil¹⁵⁷.

- Atenta contra el orden público, pues se comercializa con el cuerpo humano.
- Es contrario a la ley, por contrariar las normas naturales de la filiación.
- Es un fraude, por encubrirse a través de la institución de la adopción.
- Es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución.
- Tipifica casos delictuales, como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos.

El criterio utilizado por los autores Varsi y Cárcava Fernández busca recalcar que la maternidad subrogada o vientre de alquiler no es un acto jurídico, pues no cumple con los requisitos de validez que para su configuración es necesario, de conformidad con lo establecido por el artículo 140 del Código Civil del Perú. Por lo cual, esta práctica debe ser rechazada tajantemente en sede judicial, sin embargo, a continuación, veremos cómo nuestra jurisprudencia trata estas situaciones:

A. Casación N° 563 – 2011 Lima

¹⁵⁷ Cfr. CODIGO CIVIL PERUANO ART. 219. – “El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando el objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable
4. Cuando su fin sea ilícito
5. Cuando adolezca de simulación absoluta
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad
7. Cuando la ley lo declare nulo
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”

Este es un recurso¹⁵⁸ interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia que confirmó fundada la demanda de adopción por excepción incoada que declara a la menor Vittoria Palomino Castro, por el matrimonio conformado por don Giovanni Sansone y doña Dina Felicitas Palomino Quicaño. Quiénes acordaron con la recurrente que esta última alquile su vientre y se insemine con el gameto de don Giovanni y su propio óvulo, a cambio de que la pareja de esposos le pague una alta suma de dinero.

Tras el nacimiento de la menor el día 26 de diciembre del 2006, ésta fue inscrita a favor de la madre biológica, Isabel y de su conviviente Paúl Frank Palomino Cordero quien realizó con reconocimiento de complacencia quién es sobrino-nieto de la co-demandante. No obstante, a los nueve días de nacida fue entregada a la pareja comitente quien inició el proceso de adopción por excepción de la menor, al cual los padres legales se allanaron a la demanda. Empero, se arrepintieron del proceso de adopción. Sin embargo, el órgano jurisdiccional declaró fundada la demanda pues la menor ya estaba viviendo con los padres comitentes, y el alejarla de su seno atentaría contra el interés superior del niño. Del mismo modo la pareja comitente había acreditado su solvencia moral y física debidamente. La Corte Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha 30 de noviembre del año 2010.

Finalmente, la corte suprema en busca de proteger el derecho de identidad ha hecho prevalecer el interés del menor sobre la voluntad de los padres legales – los que lo inscribieron – en base del análisis de las circunstancias que rodearon la formación y el crecimiento del niño al encontrarse en el hogar de la pareja comitente de forma estable tanto física, emocional como económicamente que le permita desarrollarse de manera íntegra y acorde para su salud física y mental. Así señaló: *“debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida*

¹⁵⁸ CASACIÓN N°563-2011-Lima CASACIÓN N° 563-2011-Lima. Op. Cit. p. 12.

(...)”, además evalúa la conducta de los padres legales en cuanto trataron en su momento de comercializar con la que sería su menor hija.

Asimismo, con respecto a la adopción por excepción expresa lo siguiente¹⁵⁹:

“si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde” y “si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor”, lo que se debe tener en cuenta para resolver es “la prueba legal de paternidad que constituye el acta de nacimiento”.

Es en base a ese razonamiento que la Casación en cuestión fue declarada infundada.

Entonces, de lo leído queda claro que la pareja contratante no podría impugnar la maternidad arguyendo la falta de cumplimiento, ni mucho menos, la inmoralidad de un contrato, del cual fueron partícipes, porque dicho contrato nunca produjo efectos jurídicos al nacer nulo – por poseer un fin ilícito –, además la figura de la adopción por excepción – de la cual hablaremos más adelante – ha sido forzada para la aplicación del derecho, por cuanto se desconoció que el solicitante era el padre biológico de la menor, así como que no existió asentimiento por parte de la madre biológica. Sin embargo, esta situación jurídica queda minimizada por la aplicación del Interés Superior del Niño, la cual siempre resulta ser la vía más predecible de nuestros administradores de justicia para resolver un conflicto en donde se encuentre involucrado un menor de edad.

B. Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 Lima

En enero del 2005, el señor de iniciales Francisco Nieves Reyes y la señora Aurora Ballesteros Verau contrajeron matrimonio en la ciudad de Lima. Luego de intentar tener hijos sin resultado positivo,

¹⁵⁹ VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit, p. 4.

la pareja decidió recurrir a las técnicas de reproducción asistida (TERA), como la fertilización in vitro¹⁶⁰.

En el 2011, Aurora Ballesteros Verau se sometió al método de la ovodonación (óvulo donado) y a la posterior implantación del cigoto en su útero. Sin embargo, el procedimiento no tuvo éxito. Tras ello, los médicos concluyeron que la única alternativa que le quedaba al matrimonio era la modalidad de vientre de alquiler.

Así apareció Evelyn Rojas Urco, una amiga del matrimonio, quien aceptó llevar el embarazo. La mujer conversó con su esposo y luego ambas parejas suscribieron un acuerdo privado de útero subrogado (que no implicó contraprestación económica alguna). El cigoto a implantarse en Evelyn Rojas Urco sería finalmente formado por los espermatozoides de Francisco Nieves Reyes y los óvulos de una donante anónima. Es decir, la mujer solo gestaría el embarazo, pero no aportaría ninguna carga genética.

El 19 de noviembre del 2015, Evelyn Rojas Urco dio a luz a dos mellizos en la Maternidad de Lima. Sin embargo, el médico tratante inscribió a la gestante como madre biológica en el Certificado de Nacido Vivo de los menores, pese a que ella había dicho que el embarazo era producto de una TERA y que el óvulo fecundado tampoco era suyo.

En cambio, el médico sí inscribió como padre al señor Francisco Nieves Reyes (cuyo espermatozoides fue utilizado para fecundar el óvulo donado). El Reniec emitió las actas registrales de los bebés con los datos señalados por el personal de la Maternidad.

¹⁶⁰ Resolución del Quinto Juzgado Constitucional de Lima {Expediente número 06374-2016-0-1801-JR-CI-05} [ubicado el 15.VI.2016]. Obtenido en: http://legis.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reniec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf

Es aquí donde se da inicio a la batalla legal, el matrimonio de Francisco Nieves Reyes y Aurora Ballesteros Verau, inicio entonces un procedimiento de rectificación de las dos actas de nacimiento ante el Reniec, pero la entidad declaró improcedentes ambas solicitudes.

El 4 de mayo del 2016, Francisco Nieves Reyes y Aurora Ballesteros Verau –junto a Evelyn Rojas Urco (quien llevó el embarazo) y su esposo– interpusieron una demanda de amparo contra el Reniec ante el Poder Judicial. Durante este proceso, la entidad registral argumentó –entre otros puntos– que la señora Aurora Ballesteros Verau no acreditaba vínculos filiales ni biológicos con los menores, por lo que debió emplear la adopción para inscribirlos como hijos suyos.

El proceso recayó en el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, cuyo juez titular, Hugo Velásquez, emitió sentencia en primera instancia el pasado 21 de febrero. El fallo declaró fundada la demanda de amparo y ordenó al Reniec a que anulara las actas de los mellizos y emitiera unas nuevas. En estas, se deberá consignar como padres legítimos al matrimonio formado por Francisco Nieves Reyes y Aurora Ballesteros Verau.

En su sentencia, el juez Velásquez sostuvo en su SEPTIMO considerando que:

“(…) la normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada a asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”)”.

Además, en su OCTAVO considerando, sostiene que, pese a que la Ley General de Salud establece en su artículo 7 que toda persona tiene derecho a hacer uso de las TERA *“siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”*, no existe una “expresa prohibición” de la norma frente a otros supuestos, como es el caso en juicio. Además, señala que se considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva.

Queda claro que la sentencia propone dos cosas: respetar la autodeterminación de la mujer y reconocer que el artículo 7 de la Ley General de Salud no prohíbe la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler, por cuanto es inconstitucional presumir limitaciones. Sin embargo, discrepo sobre ello, debido a que olvida la dignidad humana de la que es dotado el concebido, los mecanismos jurídicos que amparan su protección, la inexistencia del llamado “derecho” al hijo y además no reconoce que, hasta la autodeterminación de la persona, así como el derecho de libertad sexual, tiene un límite.

Del análisis de ambas jurisprudencias, podemos observar que en la primera, la práctica del vientre de alquiler estaría ingresando a nuestro sistema jurídico como una práctica lícita cubierta por un acto jurídico reconocido y permitido por nuestro ordenamiento jurídico, como es la adopción por excepción y en el segundo caso, también nos encontramos ante un acto permisivo, pero esta vez ya no cubierto por un mecanismo legal, sino bajo el reconocimiento excesivo – puesto no se le reconoce límites – del derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia.

Entonces, habiendo fundamentado porque el vientre de alquiler o maternidad subrogada sería un acto jurídico inexistente, tanto la Corte Suprema como el Juzgado Especializado estarían otorgando erróneamente un reconocimiento jurisprudencial, evidenciando que

nuestros juzgadores se han olvidado de que la persona es sujeto de derecho y no puede ser en ninguna circunstancia objeto de derechos, tal como lo establece nuestro Código Civil en su artículo primero.

2.1.2. Situación legal de la maternidad subrogada a nivel internacional

VELA SÁNCHEZ¹⁶¹ establece que tres son las principales posturas adoptadas para el tema de maternidad subrogada:

- En primer lugar, varios Estados de EE. UU o países como Rusia, India, Ucrania, Georgia o Armenia, permiten acudir a esta técnica a título gratuito o a cambio de contraprestación económica.
- En segundo lugar, países europeos como Reino Unido, Grecia, Holanda, Bélgica o Dinamarca, y otros como República Sudafricana, Brasil, Ecuador, Israel o Canadá, que la admiten, pero sólo en caso de que se realice altruistamente y concurran ciertos requisitos o condiciones, principalmente relacionados con problemas médicos en la madre comitente que le impidan la gestación.
- Y finalmente, nos encontramos con un tercer grupo de países que prohíben expresamente cualquier contrato de gestación por sustitución, tanto comercial como altruista entre los que se encuentra España, la mayor parte de países europeos, como Austria, Italia, Alemania, Hungría, Islandia o Serbia, ciertos Estados de EE. UU o Hong Kong, y también países como Arabia Saudí o Pakistán en donde sus autoridades religiosas no lo autorizan, entre otros.

Entonces nos preguntamos, ¿en qué postura se encuentra inmerso el Perú? Como hemos analizado líneas arriba, el Perú es un país que no prohíbe de manera expresa la maternidad subrogada o vientre de alquiler, puesto la única regulación que hace referencia a este tema es el artículo 7 de la Ley General de Salud, la cual para algunos autores resulta ser ambigua puesto pareciera que de su texto

¹⁶¹ VELA SÁNCHEZ, A. Ob. Cit., pp. 12-15.

normativo prohíbe únicamente la fecundación heteróloga, permitiendo la homóloga – pues es solo en esta que concurren la condición de madre gestante y madre biológica – es así, que resulta difícil el encajar al Perú dentro de alguna de estas clasificaciones, puesto presenta una regulación imprecisa sobre esta práctica.

2.1.2.1. Países que contemplan la práctica del vientre de alquiler

A. Estados Unidos

En Estados Unidos, la situación varía enormemente de un Estado a otro, hallándose expresamente permitida en algunos, prohibida en otros y con un panorama confuso en otros – no siendo clara ni la legislación, ni la jurisprudencia existente al respecto –. La normativa que será de aplicación dependerá del Estado en que reside la madre subrogada, el lugar en que se suscribe el convenio y, finalmente, dónde tendrá lugar el alumbramiento.

En cuanto a los Estados en que está permitida, su legislación también varía completamente de unos a otros, siendo los considerados más flexibles California, Arkansas, Illinois y Maryland. Illinois dispone de una legislación muy permisiva que regula desde la firma del convenio hasta la emisión de los Certificados de Nacimiento. No obstante, tan sólo se permite acceder a esta figura a personas, ya sean individuales o parejas heterosexuales, que hayan aportado sus propios gametos¹⁶².

En California, encontramos la protección jurisprudencial más relevante a favor de los padres comitentes, a quienes declara legalmente los padres del niño nacido, tengan o no conexión genética con el mismo¹⁶³. Se admite la subrogación comercial, se obliga al cumplimiento de los convenios suscritos al efecto, y se permite a los padres comitentes, independientemente de su estado civil u

¹⁶² BERCOVITZ RODRIGUEZ, R. “Hijos made in California”, Aranzadi Civil Revista Doctrinal, N°3, julio 2011, p. 2

¹⁶³ BERCOVITZ RODRIGUEZ, R. Ibídem. p. 3.

orientación sexual, ser considerados padres legales antes del nacimiento y sin necesidad de acudir a procedimientos de adopción.

En Arkansas, el Acta 647 de 17 de marzo de 1989, prevé que el niño nacido como resultado de un tratamiento de inseminación artificial, sea reputado directamente como hijo biológico del padre y de su esposa -aunque ésta última no tenga conexión genética con el bebé-, o sólo del padre biológico -si no está casado-, o de la madre comitente -si el espermatozoides para el proceso fue donado-¹⁶⁴. A la hora de registrar el nacimiento, la madre gestante se presume que es la madre natural, pero se puede obtener un certificado de nacimiento alternativo expedido por los Tribunales.

En cambio, otros Estados a pesar de admitir la gestación subrogada, establecen ciertas limitaciones o restricciones en torno a la misma. Como Dakota del Norte, en la que se permite la subrogación gestacional pero está prohibida la tradicional, o el Estado de Washington, en que se permite la subrogación altruista pero no la comercial. En Nevada se admite la subrogación gestacional, pero tan sólo entre parejas heterosexuales legalmente casadas.

También existen Estados, como Idaho, Oregón o Carolina del Sur, en que no existe ley que regule la subrogación, pero en los que la jurisprudencia ha sido habitualmente favorable a la misma, y otros como Maryland, Ohio o Pennsylvania, en que no existen leyes que regulen dicha técnica, y en los que tampoco la jurisprudencia es uniforme al respecto.

Existe finalmente otro grupo de Estados que prohíben y castigan la subrogación comercial. Como Michigan, donde los acuerdos están legalmente prohibidos y se sancionan con fuertes multas e incluso penas de prisión. O el Estado de Nueva York, en que se sancionan los contratos de subrogación comercial por contravenir el orden público,

¹⁶⁴ VILLAR GONZÁLES, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”, Revista de Derecho UNED, N° 14, 2014, p. 905.

pero se admiten los contratos de subrogación altruista, aunque sin poderse exigir judicialmente su cumplimiento.

En los diversos estados de Estados Unidos, podemos encontrar la legalización de la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler de diversas maneras, ya sea permitiendo su práctica solo con fines altruista, solo con fines económicos o permite dicha práctica en ambos casos.

B. Estado de México

La Constitución Mexicana, en su artículo 4 ha precisado que «toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...»; es decir, el derecho a la procreación, el cual es proclamado como derecho fundamental, se entiende como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias. Es con base a este precepto constitucional que, tanto el Estado de Tabasco como el de Sinaloa, incorporaron la institución de la maternidad subrogada en sus Códigos Civiles.

Con referencia al estado de Tabasco, éste ha sido el pionero en México en reconocer las técnicas de reproducción asistida como un medio de solución para las mujeres infértiles y/o estériles. Es por ello, que el Código Civil de 1997 diferencia a la madre gestante de la madre subrogada y de la madre contratante. Asimismo, precisa que estas técnicas se basan en la celebración de contratos a título gratuito u oneroso¹⁶⁵.

Respecto al estado de Sinaloa, éste se ha visto influenciado por el Código Civil de Tabasco por lo que incluyó una serie de artículos referidos a las TERAS, en específico a la maternidad subrogada, en su

¹⁶⁵ PÉREZ, G. y CANTORAL, K. “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano: una propuesta legislativa desde la Academia”, Revista boliviana de derecho, N° 17, noviembre 2014, p. 242.

Código de Familia. Éste concibe a la maternidad subrogada como un servicio, el cual debe materializarse en un instrumento que debe extenderse notarialmente; las partes deben suscribir personalmente el instrumento en virtud de los derechos y obligaciones que derivan de éste. Además, para su suscripción, exige el previo cumplimiento y verificación de condicionamientos físicos, psicológicos y económicos de los sujetos intervinientes. Del mismo modo, establece que el menor, desde la implantación del embrión, ya es hijo de la pareja comitente, debiéndosele notificar a la Secretaría de Salud y al Oficial del Registro Civil¹⁶⁶.

En abril del año 2016 se reformó la Ley General de Salud, por medio de la cual se reconoce a nivel nacional la técnica de maternidad subrogada, pero solo aquella, sin ánimo lucrativo, mediante la celebración de un acuerdo entre mexicanos en la que la pareja comitente sea hombre y mujer heterosexual, y solo se acuda a ella por indicación médica. Caso contrario, se declarará nulo de pleno derecho los acuerdos que no se ajusten a lo prescrito por tal ley.

México, exige a las parejas heterosexuales que la única manera de poder acceder a la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler es por indicación médica, es decir, se entiende que estas parejas no han podido convertirse en padres por otras vías permitidas por la legislación mexicana. Asimismo, para acceder a esta práctica se debe recurrir a un tercero que de manera altruista brinde su útero para tal propósito.

C. India

En este país no existir ninguna ley prohíba la práctica en cuestión, y se acostumbraba realizar esta práctica de manera altruista o comercial. No obstante, existe desde el 2010 un borrador de propuesta de Ley de Regulación de Técnicas de Reproducción Asistida (ART),

¹⁶⁶ MARTINEZ MARTINEZ, V. “Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México”, Revista Dikaion, N° 2, noviembre 2015, pp. 362-368.

en trámites de aprobación en el Parlamento, que exigirá, entre otros, que el procedimiento de subrogación se lleve a cabo en clínicas reconocidas por el Consejo Indio para la Investigación Médica (ICMR) y que tan sólo permitirá el acceso a la subrogación a parejas heterosexuales que lleven al menos dos años casadas, y ya no a parejas homosexuales, parejas no casadas o personas solteras¹⁶⁷.

Como un primer paso a la regulación, en julio de 2012 fue dictada por su Ministro de Asuntos Interiores una Orden que ya no permite el uso del visado turístico a extranjeros que visiten India a efectos de acceder a la subrogación en dicho país, siendo preceptiva en lo sucesivo la obtención de un visado médico, con requisitos más duros. Dicha orden exige a los comitentes que, mediante un certificado emitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores de su país de origen o la Embajada correspondiente en India, acrediten que en dicho país de origen se admite la subrogación y que no tendrán problemas para que el o los bebés entren en el mismo¹⁶⁸, lo cual ha supuesto infinidad de problemas a diversas parejas españolas que se hallaban en trámites de traer a España a sus hijos y que no lograban acreditar los requisitos de la orden por estar la subrogación prohibida en nuestro país.

Al no contar este país con una regulación, la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler es aceptada, por eso, muchos extranjeros han acudido a este país a “satisfacer sus necesidades de ser padres”, sin embargo, el verdadero inconveniente surgía cuando estas personas querían ingresar a sus hijos nacidos mediante esta práctica a su país de origen; por lo cual, en vista de una protección a estos menores, la India promovió una regulación en donde se exige acreditar que en el país de origen de los padres, se permite la maternidad subrogada y por consiguiente la inscripción de los recién nacidos en dichos estados.

¹⁶⁷ Cfr. VILAR GONZÁLES, Silvia. Op. Cit., pp. 904-906.

¹⁶⁸ Cfr. VILAR GONZÁLES, Silvia. *Ibidem*.

Consideramos que estos estados aceptan dentro de sus ordenamientos jurídicos la realización de práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler, porque le reconocen las parejas heterosexuales un supuesto “derecho” al hijo, pues consideran que, mediante estos, la familia encuentra su fundamento final. Olvidando que existen otros mecanismos, como la adopción para poder concretar esta “necesidad”. Al parecer el derecho de los padres se encontraría por encima de la dignidad de la cual está dotado cualquier concebido.

2.1.2.2. Países que no contemplan la práctica del vientre de alquiler

A. Suiza

En la legislación Suiza, la maternidad subrogada está expresamente prohibida y sin modalidad de interpretación distinta¹⁶⁹.

- Artículo 119.2 letra d). - “La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”.
- Artículo 4 de la Ley sobre procreación médicamente asistida de 1998, reformada en el 2006 expresamente la prohíbe en todas sus modalidades, tanto a título oneroso como gratuito.

B. Grecia

En el artículo 26 de la ley 3305/2005 impone una pena de prisión de hasta 2 años para quien publicite, actúe como intermediario mediante el pago de un precio, u ofrezca estos servicios por un precio, y no distingue entre la gestante, los intermediarios y los comitentes, y nada prevé para

¹⁶⁹ LAGOS CORREA, Lisbeth. Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos Jurídicos sobre infertilidad en el Perú, Tesis para optar el grado de abogado, Cajamarca, Universidad Privada del Norte, 2017.p. 59

el niño nacido de un contrato de gestación por sustitución ilegal por su carácter comercial¹⁷⁰.

C. Alemania

La legislación Alemania de protección del embrión 745/90 del 13/12/90 refiere¹⁷¹:

Artículo 1.- De la utilización abusiva de las técnicas de reproducción asistida:

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quién:
 - a. Procede a transferir a una mujer el óvulo de otra.
 - b. Fecunda artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.
 - c. Fecunda artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento

D. España

En España la práctica de la gestación por sustitución está expresamente prohibida. El Artículo 10 de la Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), establece: Artículo 10. Gestación por sustitución¹⁷².

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero;

¹⁷⁰ Cfr. LAMM, Eleonor. Gestación por sustitución: Realidad y derecho. 2012. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

¹⁷¹ Ibídem. p. 35.

¹⁷² VELA SANCHEZ, A. “Propuesta de regulación del Convenio de Gestación por sustitución o de la maternidad subrogada en España”, Editorial la Ley, N° 7621, julio 2011, pp. 77-85.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto;
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

No obstante, las clínicas que promueven este negocio han encontrado la manera de evadir el cumplimiento de la ley española, realizando estos procedimientos de “maquila” en países más pobres como la India, Ucrania y México, para que, al nacer los hijos en el extranjero, los registren ante las oficinas de la autoridad consular española argumentando el derecho fundamental a la nacionalidad establecido en diversos tratados internacionales, así como otras protecciones a la infancia.

Lo anterior ha provocado que el Ministerio de Justicia, por conducto de la Dirección General de los Registros y del Notariado, emitiera una instrucción sobre el Régimen Registral de la Filiación de los nacidos en el extranjero (5 de octubre de 2010) mediante “gestación por sustitución”, y que diversas clínicas promovieran abiertamente un turismo reproductivo transnacional que incluye el viaje a distintos atractivos locales, además de la práctica de la maternidad subrogada.

Sin embargo, derivado del recurso de casación No. 245/2012, el Tribunal Supremo de España resolvió (6 de febrero de 2014) que para el reconocimiento de la decisión de las autoridades de California, por virtud del cual se establece la filiación de unos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de una pareja de españoles, ésta no debe ser contraria al orden público internacional español, pues constituye una infracción de normas destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen

de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

2.1.2.3. Dimensiones referentes al vientre de alquiler

A. Aspecto Bioético

El término bioética fue utilizado por primera vez por Van Rensselaer Potter como una propuesta de una nueva disciplina que sirviera como un puente entre dos culturas: la científica, en torno a la vida y la humanista centrada en la ética¹⁷³.

El Genetista español JUAN RAMÓN LACADENA¹⁷⁴, sostiene que lo que intenta la bioética es:

“relacionar nuestra naturaleza biológica y el conocimiento realista del mundo biológico con la formulación de políticas encaminadas a promover el bien social. (...) la bioética consiste en el diálogo interdisciplinar entre vida (bios) y ética (ethos)”.

Por su parte, JOSÉ ALBERTO MAINETTI¹⁷⁵, establece que:

“La bioética surge como consecuencia de la ruptura de un “contrato implícito” entre las comunidades científicas y la sociedad de las que hacen parte y esto por dos razones. Por un lado, por el desarrollo vertiginoso de los avances y descubrimientos científicos y por otro, por el achicamiento que se da entre el conocimiento científico y su aplicación. Es decir, por el vacío de regulación legal que deja el avance vertiginoso de la ciencia y por los intereses inconfesados que se encuentran en la vinculación investigación industria”.

En general, la bioética surge en nuestra sociedad actual como un mecanismo necesario por el constante avance tecnológico que se ha venido dando hace algunos años, lo cual ha traído como consecuencia,

¹⁷³ COMITÉ INSTITUCIONAL DE LA BIOÉTICA. *BIOETICA*. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/59F0B1DFF4B09FFB05257D18006D362B/\\$FILE/ceboax-0105.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/59F0B1DFF4B09FFB05257D18006D362B/$FILE/ceboax-0105.pdf) pp. 1-2.

¹⁷⁴ LACADEMA, Juan Ramón. “Bioética global, concepto global de bioética y manipulación genética”, *Revista latinoamericana de Bioética*, N° 2, septiembre 2002, p. 26.

¹⁷⁵ MAINETTI, José Alberto. “El renacimiento de la bioética en el siglo XXI”, *Revista latinoamericana de Bioética*, N° 2, septiembre 2002, pp. 20-21.

prácticas que si bien tienen como finalidad la búsqueda de algún beneficio para la humanidad – por ejemplo, buscar la cura para alguna enfermedad – se ha usado al ser humano como un medio para cumplir estos fines, atentando contra la dignidad de las personas.

Entonces, la bioética surge como un mecanismo protector de la dignidad del ser humano, el cual establece cuáles son las limitaciones para estos avances científicos y los subsecuentes experimentos que puedan recaer sobre las personas.

Una vez establecido lo que es la bioética, resulta necesario mencionar sus características, para lo cual tomaremos las establecidas por JOSÉ MIGUEL SERRANO¹⁷⁶:

- Laica. – Busca acuerdos racionales entre personas de diversas filiaciones religiosas o ateas. Es tolerante.
- Plural. – Reconoce y promueve la diversidad y trata de alcanzar acuerdos razonables entre diversas posturas dentro de una discusión que parta de mínimos compartidos. Reconoce la pluralidad no sólo como un hecho sino como un valor.
- Autónoma. – Es libre de influencias políticas, religiosas y económicas. Reconoce la capacidad de autorregulación del ser humano.
- Racional, filosófica y discursiva. – La realidad ética no se conoce a priori sino a través de la reflexión sobre las consecuencias de las decisiones.
- Universal. – Válida para todos, en cualquier lugar. Las decisiones deben ir más allá de los convencionalismos morales pues se aspira a decisiones responsables por vía del acuerdo intersubjetivo, pero

¹⁷⁶ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *Retos Jurídicos de la Bioética*, Madrid, Ediciones Internacionales universitarias, 2005. pp. 128-131.

con base en acuerdos objetivos de mínimos como lo son los derechos humanos.

- Interdisciplinaria. – Comprende aspectos filosóficos, científicos, sociales, antropológicos, psicológicos, técnicos, legales, del cuidado de la salud y de la investigación en salud.
- Intermediadora. – Promueve mecanismos razonados y racionales para la toma de decisiones difíciles y para resolver conflictos.
- Regulatoria o procedimental. – Apoyo a los protocolos, procedimientos, cuerpos colegiados
- Aplicada. – Reflexiona y cuestiona problemas reales, cotidianos y concretos.

Entonces, si analizamos las características de esta disciplina con la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler podemos señalar lo siguiente:

- Siendo la bioética una ciencia racional que reflexiona sobre las consecuencias de determinadas prácticas, la maternidad subrogada o vientre de alquiler se presenta como una práctica que atenta contra la dignidad de la persona – como analizamos en el capítulo anterior, esta afectación implica a todos los involucrados en dicha práctica.
- En su aspecto interdisciplinario, del análisis científico se reconoce que la vida humana se inicia desde la concepción, dicho hecho es regulado por muchos ordenamientos jurídicos – entre ellos, el nuestro – por lo tanto, la práctica de la maternidad subrogada o vientre de alquiler atentaría contra lo establecido dentro de nuestro ordenamiento jurídico.
- Del aspecto universal de la bioética podemos señalar que esta práctica al generar una afectación al concebido – tanto por la

manipulación que se realiza con ello para la fecundación en el vientre de la madre gestante, como por el daño a su dignidad – debe ser rechazada tajantemente en los diversos ordenamientos jurídicos.

- Finalmente, de su carácter intermediador, la bioética se presente como la ciencia llamada a proponer medios menos lesivos para aquellas parejas que desean ser padres, por ejemplo, dejar de recurrir a tratamientos médicos y por el contrario optar por mecanismos jurídicos como la adopción.

Con base a lo anterior, podemos señalar que la bioética se ha consolidado como un espacio de reflexión necesaria para abordar con éxito problemas complejos que surgen de los avances científicos dentro de las atenciones relacionadas a la salud e integridad de los seres humanos; teniendo como objeto de estudio las repercusiones de la tecnología sobre la sociedad.

Una disciplina esencialmente valorativa como la bioética, es difícilmente concebible sin la referencia a ciertos criterios que ayuden a la toma de decisiones significativas dentro de las ciencias biomédicas; estos criterios que resultan ser ineludiblemente necesarios llevan el nombre de principios.

La propuesta de principios bioéticos más influyente es la elaborada por los norteamericanos TOM BEAUCHAMP Y JAMES CHILDRESS¹⁷⁷, siendo los siguientes:

- Respeto a la autonomía. – Se refiere a la necesidad de respetar, tanto en acciones como en actitudes, a la capacidad y al derecho que poseen las personas para decidir entre las opciones que a su juicio son las mejores entre las diferentes posibilidades de las que se les haya informado, conforme a sus valores, creencias y planes

¹⁷⁷ ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Editorial Tecnos, 2012. pp.32-35.

de vida. Son decisiones respecto a su cuerpo y a su salud, tanto en términos de intervenciones como de investigación.

Este principio sustenta la necesidad de contar con un consentimiento informado y del derecho a negarse a una intervención o participación en una relación clínica o de investigación.

- Beneficencia. – Este principio considera la necesidad de evaluar las ventajas y las desventajas, los riesgos y los beneficios de los tratamientos propuestos, o de los procedimientos de investigación, con el objeto de maximizar los beneficios y disminuir los riesgos.

Tiene una dimensión positiva que implica el deber inquebrantable de llevar a cabo acciones específicas encaminadas a procurar el bienestar de las personas, defender sus derechos, prevenir el daño, eliminar las condiciones que le generan riesgo, malestar y dolor, entre otras.

- No maleficencia. – No se debe infligir daño o hacer mal. Este principio obliga a evitar el daño físico o emocional y el perjuicio en la aplicación de procedimientos o de intervenciones.
- Justicia. – Es el principio por el cual se pretende que la distribución de los beneficios, los riesgos y los costos en la atención sanitaria o en la investigación, se realicen en forma justa. Es decir, que se distribuyan equitativamente entre todos los grupos de la sociedad, tomando en cuenta la edad, el sexo, el estado económico y cultural, y consideraciones étnicas. Se refiere, asimismo, a que todos los pacientes en situaciones parecidas deban tratarse de manera similar y con las mismas oportunidades de acceso a los mejores métodos diagnósticos y terapéuticos.

En conclusión, analizando cada uno de los principios antes mencionados, señalaremos lo siguiente:

- Si bien el principio de autonomía se encuentra basado en el tema del respeto de la voluntad de la persona para decidir la mejor

opción, cabe preguntarse ¿cuál es la voz de voto del concebido?, en este sentido, es deber del Estado salvaguardar sus intereses y protegerlo ante cualquier acción – en este caso práctica – que atente contra su vida.

- El principio de beneficencia propone la evaluación de ventajas y desventajas sobre determinadas prácticas, en este caso la de maternidad subrogadas o vientre de alquiler, aquella que presenta dentro de sus desventajas a la afectación de la dignidad humana; aquella que deberá ser preponderada con el supuesto beneficio que trae dicha práctica la cual sería, la satisfacción de poder ser padres.
- El principio de no maleficencia tiene como propósito el de no infligir daño o hacer mal; en ese caso, la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler se presenta como un acto que genera daño tanto al concebido y los involucrados.
- Por último, el principio de justicia que nos habla sobre el trato igualitario, debemos recordar que justicia no es tratar igual a todos, por el contrario, debe reconocerse que es necesario tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes; siempre recordando que el parámetro de todo actuar bioético es la dignidad humana.

B. Aspecto Jurídico

Sobre el presente punto se debe tener en cuenta que a lo largo de la investigación hemos establecido la existencia de dos posturas jurídicas reconocidas dentro de los diversos ordenamientos jurídicos, siendo estas: aquellas que reconocen jurídicamente la existencia del vientre de alquiler como contrato y las que rechazan esta práctica, puesto la desconocen como parte del acto jurídico.

- Práctica del vientre de alquiler, como contrato reconocido. - El contrato de vientre de alquiler es una convención a través de la cual una mujer se compromete a recibir o alojar en su vientre un embrión humano que ha sido procreado artificialmente

utilizando óvulos y espermatozoides de los padres biológicos. La madre subrogante se obliga a cuidar al embrión, lo que implica cuidados especiales, a fin de evitar abortos o futuras complicaciones y culminar con éxito el proceso de gestación; junto con esta obligación va la de los padres biológicos que deben cumplir con el pago de gastos médicos que generen el periodo de gestación y el parto; además, es posible que la madre reciba una compensación económica voluntaria por parte de los padres biológicos¹⁷⁸.

Para VILLAGÓMEZ¹⁷⁹, existen determinadas obligaciones de hacer o no hacer que forman parte de este contrato como, por ejemplo: el compromiso que adquiere la madre subrogante de llevar la gestación libre de vicios, en un ambiente tranquilo, de tal manera que la gestación llegue a su fin con gran éxito; y el deber de entregar a la criatura a sus padres; al mismo tiempo la madre o la pareja subrogada se compromete a entregar cierta cantidad de dinero, acordada con anticipación con la madre subrogada, no siendo esta una condición obligatoria, más bien, debe ser considerado como un aporte voluntario.

Entonces, se percibe al vientre de alquiler como un contrato bilateral, conmutativo – porque genera entre las partes derechos y obligaciones – oneroso, de naturaleza privada, el cual, a través de un documento privado constará la declaración de voluntad de las partes de llevar a cabo la práctica del vientre de alquiler.

Bajo esta línea de ideas es correcto señalar de manera puntual ciertos errores percibidos de lo plasmado en las líneas precedentes:

¹⁷⁸ MERLYN SACOTO, S. Derecho y Reproducción Asistida: Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en el Ecuador, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2006. p. 35.

¹⁷⁹ VILLAGÓMEZ, M. *Régimen Jurídico sobre la Maternidad Subrogada en el Ecuador*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2007. p. 28.

Primero, si existiera la posibilidad de que se configurara un contrato de este tipo, la vida humana se convertiría en un elemento patrimonial, susceptible de comercio y sobre el cual recaería la voluntad de los contratantes.

Segundo, el hablar de un “aporte voluntario” a la madre subrogante, refuerza el concepto comercial que se le da a la vida humana y genera la percepción de estar frente a un contrato de servicio.

Y, por último, es necesario aclarar que no nos encontramos ante un acto privado, debido a que, en estos casos, interviene el interés público, porque se discute la vida humana y la salud tanto del concebido como la madre subrogante, que se constituyen como bienes jurídicos protegidos por el sistema y el ordenamiento jurídico.

A manera de reforzar esta crítica realizada a aquella postura que se muestra como permisiva ante la práctica de vientre de alquiler, a continuación, estableceremos de manera breve el porqué de su rechazo jurídico.

- Inexistencia del contrato de vientre de alquiler .- GONZALES¹⁸⁰ señala que es nulo el contrato de maternidad subrogada debido a que se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, al recaer sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, específicamente sobre su útero. Se trata del alquiler (o préstamo en caso de ser gratuito) de una función de la mujer, tan importante, como es la maternidad, que no puede ser objeto del tráfico jurídico, además de tratarse de un bien extra *comercium*, es decir, fuera del comercio de los hombres.

Asimismo, la indisponibilidad no solo es del cuerpo humano sino también a cerca del estado civil de la persona, ya que se trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación

¹⁸⁰ GONZALES, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid, Dykinson, 2013. p. 200.

jurídica paterno filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo. Normas que revisten carácter imperativo y de orden público, por lo que cualquier renuncia a la filiación materna por parte de la madre gestante es un acto que incide sobre un aspecto que escapa a la autonomía de la voluntad y, por tanto, en la que no cabe ni renuncia ni disposición.

Desde el punto de vista de este autor, el vientre de alquiler no puede ser considerado acto jurídico, por cuanto “la función reproductiva de la mujer” no puede ser materia de comercio. Sin embargo, esa no solo es la única justificación válida, por sobre esa, existe una mucho más importante, la protección de la dignidad del ser humano – entiéndase con ello, la de todos los involucrados –.

Es cierto, que en puntos precedentes a través del análisis hemos podido determinar que la práctica de vientre de alquiler no puede ser considerada como un acto jurídico por cuanto no cumple con los requisitos del art. 140 del Código Civil, puesto nos encontramos frente a un objeto física y jurídicamente imposible – ya que el cuerpo humano y sus respectivas funciones están fuera del comercio de los hombres – y además por encontrarnos frente a un fin ilícito – que busca disponer sobre el proyecto de vida de un nuevo ser –.

Asimismo, el contrato bajo análisis vulnera los valores básicos recogidos dentro de nuestra Constitución, pues atenta contra la dignidad de los involucrados, al suponer una comercialización del concebido.

2.2. Mecanismo de inserción de la práctica de vientre de alquiler en el ordenamiento jurídico

2.2.1. Adopción por excepción

Este tipo de adopción está contenido en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes¹⁸¹:

“Excepciones. - En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes: a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y c) El que ha prohiado con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años”.

Este artículo establece que, en estos casos, se podrá iniciar acción judicial de adopción ante el Juez Especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente. Asimismo, se reconocen tres supuestos por lo que procede la llamada adopción por excepción, tales supuestos son los siguientes¹⁸²:

- El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. – En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos que está casado o casada con la persona que quiere adoptar al niño o adolescente por adoptar, de tal forma que tal padre o madre biológico, no pierden sus derechos, no es que otorgue a su hijo en adopción, lo que hace es permitir que su pareja lo adopte.

¹⁸¹ Cfr. CODIGO DE LOS NIÑOS Y EL ADOLESCENTE. Op. Cit. p.26.

¹⁸² FERNANDEZ REVOREDO, Marisol y ALCANTARA FRANCIA, Olga, en *Código Civil Comentado*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2017. p. 29

Este primer supuesto, se trata de una adopción especial donde, como lo indica la normal, el o la menor mantiene los lazos con la familia de sangre, ya sea con el padre o la madre que tienen la calidad de cónyuge del adoptante.

- El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción. – En este caso, es necesario establecer qué entendemos por parentesco y afinidad. En la doctrina podemos encontrar la siguiente clasificación de parentesco: a) Por consanguinidad – que entraña un vínculo de sangre –; b) Por afinidad – que vincula a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro –; c) Legal – adopción – y d) La espiritual – cuyo origen es el Derecho Canónico.

Por el contrario, desde nuestra legislación, encontramos que el parentesco por consanguinidad está establecido en el art. 236 del Código Civil como:

“La relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado”.

Mientras que, por afinidad, encontramos en el art. 237 del Código Civil:

“El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge”.

En ambos casos, el adoptante deja de pertenecer dentro de su familia biológica, pero con la salvedad que, con este dispositivo, podría seguir formando parte de un mismo tronco común o en su defecto crear nuevos vínculos con algún cónyuge miembro de aquel tronco.

- El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un periodo no menor de dos años. – es una situación familiar de hecho en la que una persona funge de padre o madre, sin serlo legalmente,

cumpliendo con los deberes propios de una relación paterno – filial. Vivir, criar y mantener integralmente a un niño sin tener la obligación de hacerlo determina el denominado prohijamiento y se demuestra con la posesión constante de estado de familia¹⁸³.

Siendo que al evaluar este tipo de adopción por excepción es importante recordar que dentro de un proceso por abandono moral y material, el niño, niña o adolescente de 0 a 17 años puede ser entregado a terceras personas en “acogimiento familiar”, en efecto ello permitiría el inicio de la “preadoptabilidad”, es así que cuando hablamos de esta figura debemos recordar que antes existió la “Colocación Familiar”, institución que ha sido modificada por la ley número 30162 publicada el veintinueve de enero del dos mil catorce, por la de Acogimiento Familiar¹⁸⁴. Sin embargo, esta figura (la de acogimiento) establece que no puede otorgarse a las personas que sean aspirantes a la adopción¹⁸⁵, lo cual es una diferencia sustancial respecto a la ya citada colocación familiar y consideramos debe ser revisada.

Es así como el Acogimiento Familiar es una medida de protección temporal a favor del niño o niña y adolescente quien es acogido por referentes familiares u otras personas idóneas que sin tener parentesco alguno constituyen un entorno positivo y apropiado para la protección del titular de la medida, o tal como lo dice el artículo dos de la ley nombrada¹⁸⁶:

El acogimiento familiar es una medida de protección temporal que se aplica a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono o desprotección familiar con la finalidad de ser integrados a su familia extensa o a una familia no consanguínea previamente evaluada o seleccionada. Los integrantes de la familia extensa o terceros con vínculos afectivos o de afinidad podrán solicitar directamente a la autoridad competente el acogimiento familiar, en los casos en que los niños, niñas y adolescentes se encuentran en situación de desprotección familiar o riesgo, por la amenaza o violación de sus derechos o cuando los progenitores no puedan cumplir con sus obligaciones parentales por circunstancias graves o excepcionales. La falta de recursos

¹⁸³ VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de la Familia: derecho de filiación*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, p. 553.

¹⁸⁴ LEY DE ACOGIMIENTO FAMILIAR. [ubicado el 25.X.2017] Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/Normas/textos/290114T.pdf>

¹⁸⁵ Cfr. LEY DE AGOTAMIENTO FAMILIAR Art. 7 Inc. F.

¹⁸⁶ Cfr. LEY DE ACOGIMIENTO FAMILIAR Art.2.

materiales de los padres no autoriza el inicio de una investigación tutelar ni el desapego de su familia nuclear o extensa”.

De ello se desprende que el niño o niña y adolescente, para beneficiarse del acogimiento familiar, debe estar dentro de una situación de desprotección familiar o riesgo por amenaza o violación de sus derechos o cuando los progenitores no puedan cumplir con sus obligaciones parentales por circunstancias graves o excepcionales. Esta figura está orientada también a evitar la institucionalización del niño, es decir que el Estado propugna que el niño no tenga que pasar toda su vida en una institución como es un albergue de menores.

Ahora bien, después del análisis de lo que comprende la adopción por excepción dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es necesario esclarecer **¿por qué consideramos que esta institución sirve como un mecanismo de inserción de la práctica de vientre de alquiler?**

Pues bien, tenemos que esta institución es una medida adoptiva excepcional, la cual facilita la adopción del menor de edad, siempre y cuando se respeten los supuestos anteriormente mencionados. A través de la jurisprudencia nacional, específicamente en la Casación N° 563-2011-Lima podemos vislumbrar que la aplicación de la adopción por excepción se utiliza con la finalidad de poder registrar al menor de edad nacido de la práctica de vientre de alquiler en favor de los “padres adquirientes del servicio”, esto a través del supuesto bajo la existencia *“del vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o adolescente por adoptar”*.

Se debe recalcar que estos casos, este mecanismo no se presenta como una medida excepcional a la cual va a recurrir uno de los padres biológicos por presentarse un caso extraordinario, sino, por el contrario, resulta de un acuerdo anticipado entre los padres que ostenta la condición genética del concebido, frente a la madre gestante.

A manera de conclusión, podemos decir que en este segundo capítulo se ha logrado tener un mayor alcance de lo que significa la práctica del vientre de alquiler y del cómo está siendo regulada tanto a nivel internacional como nacional; concluyendo que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existe una prohibición

expresa en la cual la práctica de vientre de alquiler se encuentra prohibida porque existe una afectación directa a la dignidad de la persona. Asimismo, hemos logrado identificar que, para hacer caso omiso de esta prohibición, se utiliza el mecanismo de adopción por excepción para la inscripción del menor a nombre de los “padres solicitantes del servicio”, de tal manera se trata de encubrir las verdaderas intenciones de los participantes.

Pese a no existir una sanción específica – la cual no es materia de análisis – genera suspicacia el porqué de la decisión permisiva de los llamados a impartir justicia, por cual en el siguiente capítulo trataremos de desvelar las implicancias de estas decisiones que permiten un reconocimiento jurisprudencial de la práctica del vientre de alquiler.

2.2.2. Casuística Jurídica

El 06 de diciembre de 2011 se presentó el primer caso con tratamiento a nivel judicial de maternidad subrogada en el Perú¹⁸⁷ resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la CASACIÓN N° 563-2011-LIMA¹⁸⁸. Este caso, no trataba directamente sobre la maternidad subrogada, sino que tenía como materia la adopción por excepción; que cubría evidentemente un acto de maternidad subrogada. Este acto que, si bien fue plenamente identificado por los magistrados, no fue desarrollado a cabalidad y, por el contrario, “solo cuestiona la conducta de la madre biológica y gestante, justificando la de los pre adoptantes, pese a que confluyen en un mismo hecho”¹⁸⁹. Al final, el argumento de la Sala para fallar a favor de los demandantes se resume en lo siguiente: “al encontrarse ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de la niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Así lo reporta el DIARIO PERUANO EL COMERCIO: “El primer caso de vientre de alquiler fue resuelto por el Poder Judicial. La justicia favoreció a los padres adoptivos por sobre los biológicos, en una demanda que involucraba a dos hermanos” del 17 de noviembre de 2012 [ubicado el 01.X.2016]. Obtenido en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1497716/noticia-primer-caso-ventre-alquiler-fue-resuelto-poder-judicial>

¹⁸⁸ CASACIÓN N° 563-2011-Lima. Op. Cit. p.12.

¹⁸⁹ VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit, p. 7.

¹⁹⁰ CASACIÓN N° 563-2011-Lima. Op. Cit. p.13.

Si bien en el Perú, no existe un reconocimiento jurídico de la maternidad subrogada o vientre alquiler, es más, tampoco existe prohibición expresa; el artículo Art. 7° de la Ley General de Salud¹⁹¹ se presenta como límite para esta práctica, al señalar que:

“toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

En este sentido, podemos inferir de la ley que, como señala VIDAL RAMÍREZ¹⁹², nos encontraríamos ante la existencia de una imposibilidad jurídica, la cual supone que la relación jurídica es inexistente, al estar fuera del marco legal y jurídico.

Si bien el vientre de alquiler o maternidad subrogada sería un acto jurídico inexistente, la Corte Suprema le otorga erróneamente un reconocimiento jurisprudencial, “abriendo así el camino que permitirá que los “padres” apelen a la justicia para solucionar controversias derivadas de esta práctica”¹⁹³.

Si analizamos la CASACIÓN N° 563-2011-LIMA, la práctica del vientre de alquiler estaría ingresando a nuestro sistema jurídico como una práctica lícita, pues está siendo cubierta por un acto jurídico reconocido y permitido por nuestro ordenamiento, como es la adopción por excepción¹⁹⁴.

Es evidente que la sociedad pretende buscar la legitimación del vientre de alquiler, y al hacerlo, trasgrede o excede la aplicación de ciertos principios: trasgrede la dignidad de las personas involucradas y excede el ejercicio de la

¹⁹¹ Cfr. LEY GENERAL DE SALUD. Op. Cit. p. 4.

¹⁹² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El acto jurídico en el Código Civil Peruano”, 7ma. Ed., Lima, Cultura Cuzco Editores, 1987. p. 71

¹⁹³ VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. Op. Cit. p. 7.

¹⁹⁴ Cfr. CÓDIGO DEL NIÑO Y DE LOS ADOLESCENTES Art. 128° inc.1. - donde se señala que se podrá iniciar la acción judicial, sin que exista una declaración de abandono del menor, cuando: “El que tenga vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o adolescente por adoptar. Es así, que en esta situación el niño o adolescente conserva los vínculos con el padre o madre biológicos. Es decir, en este caso, podría tanto el padrastro o madrastra solicitar la adopción del hijo del cónyuge cuando tenga un vínculo matrimonial con el progenitor”.

libertad. Tratando de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico prácticas y facultades que se contraponen a lo establecido en nuestra constitución.

2.3. Implicancias de la aceptación del mecanismo defraudador de la ley en casos de maternidad subrogada o vientre de alquiler

2.3.1. El fraude a la ley

2.3.1.1. Antecedentes y naturaleza jurídica del fraude a la ley

Miaja de la Muela sostiene que el fraude a la ley tiene su origen es el *Fraus legis* del Derecho Romano¹⁹⁵.

A manera de ejemplo cita un pasaje del Digesto, escrito por Paulo que en la Ley 291.21. disponía: “*Infraudem legis facit, qui, salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*” es decir “la esencia del fraude es lograr un resultado por un camino torcido o indirecto”. De ahí que, en efecto, el fraude a la ley encuentre su antecedente en el Derecho Romano, ya que por caminos torcidos e indirectos pero lícitos, se busca la obtención de un resultado antijurídico, burlándose por este medio, el cumplimiento de una disposición imperativa¹⁹⁶.

El fraude a la ley se puede ver bajo dos aspectos

- Desde la perspectiva del evasor. – Es el acto doloso y voluntario con el fin de evitar la aplicación de una ley imperativa mediante la realización de un o varios actos lícitos, para obtener un resultado contrario a la norma imperativa y por lo tanto ilícito.

Bajo esta perspectiva, el fraude a la ley tiene la naturaleza de un acto ilícito.

¹⁹⁵ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Edición Graficas Yagues, 1973. p. 381.

¹⁹⁶ *Ibidem*. p. 382.

- Desde la perspectiva del Estado agredido. – Es un medio de defensa creado por la institución estatal con el fin de prevenir o sancionar las conductas que tiendan a burlar la aplicación de una ley imperativa.

Bajo este último enfoque, el fraude a la ley es un medio de tutela, de protección de las normas imperativa de un Estado soberano. Estas normas imperativas deben cumplirse porque su contenido es la manifestación de la moralidad de un pueblo, tal característica las hace ineludiblemente obligatorias, en tal sentido su incumplimiento debe evitarse o en su defecto sancionarse¹⁹⁷.

En consecuencia, puede sostenerse que la naturaleza jurídica de la institución del fraude a la ley es la de ser un medio de tutela creado por el legislador cuyo fin es prevenir o sancionar las conductas ilícitas que tiendan a evitar el cumplimiento de una ley imperativa – entiéndase que estas conductas ilícitas se insertan dentro de los ordenamientos jurídicos a través de un acto o una serie de actos lícitos, que en vez de cumplir su finalidad lícita, tienen como finalidad, ser un medio de acceso para el cumplimiento de un fin ilícito.

2.3.1.2. Definición de fraude a la ley

La palabra fraude viene de las locuciones latinas *fraus fraudes* que significa falsedad, engaño malicia que produce un daño, por lo que es indicativo de mala fe, de conducta ilícita. Con el fraude a la ley se trata de obtener un resultado prohibido por la ley, apoyándose en otra norma que no prohíbe ese resultado¹⁹⁸.

En otras palabras, es la utilización indebida de una norma para evadir otra, lo que significa una desviación del derecho objetivo.

¹⁹⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Derecho Internacional Privado, Madrid, Editorial Tecnos, 1983. p. 146.

¹⁹⁸ UGARTE CATALDO, José Luis. “La simulación laboral del artículo 478: un Caso de Fraude a la Ley”, Boletín oficial dirección del trabajo, SN, junio 2003. p. 173.

El fraude no es otra cosa que el hecho de frustrar la ley, o los derechos que de ella se nos derivan; esto es, el hecho de burlar, eludir o dejar sin efecto la disposición de la ley, o de usurparnos lo que por derecho nos pertenece; este se conoce con diversos nombres: *fraudem legis*, *fraude a la loi*, *frode alla legge*, *evasión of law*¹⁹⁹.

La enciclopedia jurídica entiende por fraude a la ley²⁰⁰:

“Aquella realización de un acto o negocio jurídico amparándose en una normal (ley de cobertura) con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos, que, no siendo los propios de esta norma, sean además contrarios a otra ley (ley defraudadora) o al ordenamiento jurídico”.

Entonces, el fraude a la ley debe ser definido como la realización de una estafa o fraude por medio de un acto o negocio jurídico sustentado o amparado en una normativa existente con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos que, no siendo los propios de esa norma, sean además contrarios a otra ley existente del ordenamiento jurídico. En pocas palabras, consiste en una conducta voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito.

2.3.1.3. El fraude a la ley en los sistemas jurídicos

A. Legislación comparada

a. España

El Código Civil español²⁰¹ cuenta desde 1974 con una disciplina expresa sobre el fraude a la ley plasmada en su Título Preliminar. En efecto, en el numeral 4 del actual artículo 6 del referido cuerpo normativo²⁰² (contenido en el Capítulo III, titulado “Eficacia

¹⁹⁹ GOMEZ DOUENEL, Luis Felipe. La aplicación de la teoría de actos propios en materia laboral, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, P.U.C.P., 2015. p. 65.

²⁰⁰ ENCICLOPEDIA JURÍDICA. [ubicado el 15. X. 2016]. Obtenido en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/fraude-de-ley/fraude-de-ley.htm>

²⁰¹ VASQUEZ REBAZA, Walter Humberto. “Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano”, Cuaderno de Trabajo del CICAJ, N°9, 2013, pp. 18-19.

²⁰² CODIGO CIVIL ESPAÑOL. Op. Cit., p. 7.

general de las normas jurídicas”) regula el fraude a la ley en los siguientes términos:

“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”.

La Exposición de Motivos de la norma modificatoria de 1974 sostiene que para obtener la descripción sintética de las situaciones representativas de fraude a la ley y de abuso del derecho, se han tenido en cuenta especialmente las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia, así como algún antecedente legislativo y de derecho comparado, a lo cual se agrega la siguiente justificación, la que por su importancia reproducimos textualmente a continuación²⁰³:

“En la configuración del fraude prepondera la idea de considerar el ordenamiento jurídico como un todo: por eso es reputada fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento. Por otra parte, si frente a la norma elegida aparece otra tratada de eludir, habrá de aplicarse esta última. Ello quiere decir que la consecuencia correspondiente no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también la efectiva aplicación de la norma pertinente, aunque no queden excluidas ciertas consecuencias anulatorias”.

En general, es posible afirmar que la doctrina española se refiere a aquella situación consistente en utilizar un tipo de contrato, o varios contratos combinados, para evitar la aplicación de normas prohibitivas, obteniendo como resultado un contrato que en otras circunstancias hubiera sido imposible alcanzar por estar prohibido por la ley.

²⁰³ VASQUEZ REBAZA, Walter Humberto. Op. Cit. p. 20.

b. Italia

En Italia, el Código Civil de 1865 no acogió el contrato en fraude a la ley²⁰⁴, lo cual no impidió que dicha categoría goce de un predominante reconocimiento doctrinario durante la vigencia del aludido cuerpo normativo.

Como contrapartida, el Código Civil italiano de 1942, en su artículo 1344, reguló el fenómeno en los siguientes términos *“también se reputa ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa”*. A pesar de que en Italia el fraude está normativamente vinculado a la causa del contrato, la doctrina mayoritaria prefiere concederle autonomía conceptual

c. Bolivia

El Código Civil boliviano de 1975, notablemente influido por la regulación del Código Civil italiano de 1942, señala en su artículo 489, contenido en la Sección IV titulada “De la causa de los contratos”, lo siguiente²⁰⁵:

“La causa es ilícita cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres o cuando el contrato es un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa”.

La legislación boliviana reconoce como fraude a la ley a aquel acto en el cual se utiliza un contrato como un medio para eludir toda responsabilidad recaída en de una norma imperativa.

²⁰⁴ VASQUEZ REBAZA, Walter Humberto. Op. Cit. pp. 21-22.

²⁰⁵ CODIGO CIVIL BOLIVIANO 1975. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo039es.pdf> p. 72.

d. Brasil

El artículo 166 del Código Civil de Brasil, en vigor desde el 2003, ha regulado al fraude a la ley como una causal de nulidad en los siguientes términos²⁰⁶:

“Es nulo el negocio jurídico cuando: (...) VI) tiene por objetivo defraudar una ley imperativa”.

En cuanto a la legislación comparada, cabe destacar que se reconoce una intervención general de esta categoría del derecho dentro del ordenamiento jurídico, no refiriéndose a ella como un mecanismo exclusivo de una categoría en particular. Asimismo, se identifica plenamente la existencia de un acto encubridor que daría paso a un acto aparentemente lícito.

B. Legislación nacional

En nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en otros países – de los cuales hemos hablado anteriormente – no existe una norma concreta que se refiera al fraude a la ley, sino que dicha figura se encuentra recogida en distintas disposiciones particulares de nuestra legislación.

Así tenemos, el fraude en perjuicio de los acreedores que se refiere a los arts. 961 a 972 del Código Civil, el fraude en la administración de personas jurídicas, referido a los arts. 198 a 199 del Código Penal; aquí se debe mencionar que, dentro de este código, existe diversos artículos que hacen mención al fraude, los cuales son: arts. 153 inciso 1, 197 inciso 1, 241, 285 y 416.

Asimismo, a lo largo de la investigación hemos podido observar como la doctrina relaciona al fraude a la ley con el Libro X de nuestro Código Civil, relacionado con el Derecho Internacional Privado en donde la figura del fraude a la ley *consiste en la sustracción al*

²⁰⁶ VASQUEZ REBAZA, Walter Humberto. Op. Cit. p. 23.

*cumplimiento de una disposición imperativa que prohíbe la realización de un acto del sustractor, quien para obtener lo que desea, busca someterse a la ley cuyo punto de contacto diferente que le permitirá satisfacer sus deseos*²⁰⁷, otro aspecto doctrinario que debemos tomar en cuenta es el fraude de ley en la doctrina tributaria en la cual su aplicación da como finalidad la evasión de impuestos.

En este sentido, y como señala ZANNONI²⁰⁸, la moderna doctrina civilista ha entendido que el fraude es un concepto genérico que:

“Consiste en hacer que opere una norma jurídica con el fin o propósito de eludir, evitar, la aplicación de otra. Se dice, pues, que un acto jurídico es fraudulento cuando si bien sus otorgantes obran legitimados formalmente en una norma legal, en realidad eluden otra u otras, que les impedirían obtener el resultado o fin práctico que se proponen”.

En otras palabras, a pesar de que el legislador peruano de 1984 no reguló expresamente lo concerniente al ámbito genérico del fraude a la ley, a nuestro juicio no sería correcto pretender desconocer la operatividad de esta institución jurídica; ello en razón a que nuestro sistema jurídico no puede avalar que actos prohibidos por la norma, ingresos de manera indirecta como actos lícitos.

De esta manera, para que exista fraude de ley se requiere, según la doctrina civilista, la presencia de tres elementos de manera conjunta. Ellos son: norma jurídica imperativa u obligatoria, intención de eludir su aplicación y utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo²⁰⁹.

En relación con el primero de los elementos, está claro, que sólo cabe hablar de fraude a la ley cuando se está en presencia de normas

²⁰⁷ MANSILLA Y MEJÍA, María Elena. “Fraude a la ley: *fraus legis facta*”, Revista Cultura Jurídica, N° 1, febrero 2011, pp. 105-117.

²⁰⁸ ZANNONI, E. Código Civil y leyes complementarias, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1986. p. 428.

²⁰⁹ LALANNE, Guillermo. “Economía de opción y fraude de ley en el derecho tributario”, Revista Instituto peruano de Derecho Tributario, N°44, abril 2006. pp. 103-141.

imperativas o de orden público y no cuando se trata de normas de aplicación supletorias o que son de carácter permisivo.

El segundo elemento es la clara intención o propósito del sujeto de eludir la norma imperativa; la existencia de un propósito deliberado de eludir el mandato legal imperativo o prohibitivo que, por ende, se califica como ilícito.

Por último, se requiere que se haya empleado un medio legalmente eficaz para consumar el fin fraudulento, es decir, las normas legales a que recurre el sujeto deben ser legalmente eficaces para neutralizar el efecto de la norma imperativa.

Siguiendo con el análisis del sistema nacional, es preciso poner de manifiesto que lo establecido por la doctrina civilista se ve reforzada por la sentencia del Décimo Juzgado Civil de Lima de fecha 23 de febrero de 2002, que amparó una pretensión de declaración de nulidad, por configurar una hipótesis de fraude a la ley, del negocio jurídico de constitución de las asociaciones Edge Social Club y The Piano Social Club, en la cual se sostuvo lo siguiente²¹⁰:

“No es necesario que exista norma de derecho positivo expresa para que los actos que contienen fraude a la ley sean invalidados (...) constituyendo un fraude ante la ley por el hecho porque se usa una forma lícita para contravenir normas de orden público (...)”.

Asimismo, contamos con el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil peruano de 1984 – propuesta hasta la fecha no aprobada – contenido en la Resolución Ministerial 043-2006-JUS, publicada el domingo 5 de febrero en el diario oficial El Peruano, propuso la regulación del fraude a la ley en los siguientes términos²¹¹:

²¹⁰ HUERTA CANALES, Pablo. Episodio 2: ¿El ataque de los clones? El derecho de asociación Vs. El fraude a la ley 2002. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16990

²¹¹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL 043-2006-JUS. 2006. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: http://www.gacetajuridica.com.pe/servicios/normas_pdf/Julio_2006/26-07-2006/pag_325009-325136.pdf

“Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir”.

En definitiva, queda claro que en el fraude a la ley existe una clara intención por parte del sujeto de eludir una norma imperativa recurriendo para ello a una norma de cobertura que le permite ligar un fin u objeto prohibido por la norma defraudada u obtener un tratamiento más favorable que el que hubiese correspondido de haberse realizado o instrumentado el negocio conforme lo dispuesto por norma eludida.

Ahora, una vez analizado lo concerniente al fraude a la ley, es necesario preguntarnos, si **¿el uso del mecanismo de la adopción por excepción en los casos de maternidad subrogada genera o no un fraude a la ley?**

Pretender usar el mecanismo de adopción por excepción para inscribir a la criatura nacida dentro de un “acuerdo o contrato” de maternidad subrogada o vientre de alquiler, recaería en un fraude a la ley, primero, por cuanto no se cumple a cabalidad con la finalidad de este mecanismo que se presenta dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo excepcional de la adopción – que se realiza en casos concretos como ya se explicó en el capítulo anterior – sino, por el contrario cumple la finalidad de encubrir la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler, logrando la inscripción de la criatura nacida bajo esta práctica a favor de los padres que “solicitaron el servicio”; segundo, por cuanto confluyen los tres elementos señalados por la doctrina civilista para la configuración del fraude a la ley:

- Norma jurídica imperativa u obligatoria. – aquí debemos señalar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen dos normas que se muestran como prohibitivas frente a la práctica de vientre

de alquiler, estas son: el Art. 7 de la Ley General de Salud y el artículo primero de la Constitución Política que establece el resguardo de la dignidad del ser humano. Siendo deber de nuestros jueces, el realizar una interpretación favorable sobre la criatura nacida bajo este sistema teniendo en consideración el daño a la dignidad que genera sobre los implicados, y el atentado contra derechos como la vida, la integridad, la identidad – en este caso del concebido – entre otros.

- Intención de eludir su aplicación. – con el “acuerdo o contrato” previo realizado por los padres contratantes y la madre gestante de utilizar el mecanismo de adopción por excepción como herramienta final para concretizar la inscripción de la criatura que surge como resultado de dicha práctica, se evidencia el propósito deliberado de eludir el mandato legal imperativo, de modo que se busca la aplicación de una norma jurídica lícita para obtener un resultado contrario a derecho.
- Medio legal eficaz. – El medio legal eficaz que tendrá como finalidad neutralizar el efecto de la norma imperativa es el mecanismo de adopción por excepción, porque permite de manera legal la inscripción del menor que surge del resultado de esta práctica, sin que medie conflicto legal alguno.

2.3.2.Efectos del reconocimiento jurisprudencial de la práctica del vientre de alquiler

Desde el punto de vista del derecho, la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler genera una variedad de riesgos y conflictos que provocan cuestionamientos y contradicciones tanto dentro del Estado, como de las relaciones de los involucrados – dentro de los cuales encontraremos a los padres contratantes, la madre gestante y el concebido

2.3.2.1. Con relación al Estado

La búsqueda del reconocimiento jurisprudencial de la práctica de la maternidad subrogada o vientre de alquiler genera equivocadamente una presión jurídica directa al Estado de reconocer esta práctica como un derecho que forma parte del derecho a la salud y el derecho a la libertad de la persona, en su aspecto reproductivo.

Esta presión surge incubada dentro de la corriente del feminismo y se concretan precisamente en la ideología de género, la cual no solo considera que la preferencia sexual de cada persona se construye a lo largo de la vida al señalar que *“no se nace mujer: llega una a serlo (...) la sexualidad es psicológica indiferenciada en el momento de nacer y se torna masculina o femenina en el transcurso de las múltiples experiencias vividas”*²¹², sino que además, busca la plena libertad sexual de las personas, sin reconocer límite de edad y manifiesta que *“la necesidad de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable (...)”*²¹³.

Bajo esta línea de ideas, surgen los mal denominados “derechos sexuales y reproductivos” supuestamente con la finalidad de resolver los conflictos que el derecho a la salud y el derecho a la libertad de la persona – en su aspecto reproductivo – no podrían manejar. Pero ¿qué entendemos por “derechos sexuales y reproductivos? Para Jimena Ávalos, estos se encuentran en relación con el derecho fundamental que tiene toda persona de determinar libremente el número y espaciamiento de hijos, así como el derecho específico de disponer de servicios de planificación familiar²¹⁴.

La definición antes señalada, encaja con lo concerniente a la libertad de la persona en cuanto a la toma de decisiones sobre en qué etapa de su

²¹² BEAUVOIR, Simone. Ob. Cit. p.14.

²¹³ IV CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. Ob. Cit. p.39.

²¹⁴ ÁVALOS CAPÍN, Jimena. Ob. Cit. p.12.

vida pretende tener o no un hijo, el número de hijos y “el medio” para poder tenerlos; sobre este último aspecto se debe tener en cuenta los tratamientos reproductivos jurídicamente válidos que no atenten contra la dignidad de la persona; es aquí donde las políticas de salud orientadas en un enfoque de familia toman relevancia, puesto es el Estado el llamado a brindar el acceso necesario para brindar la información precisa – incluso en zonas donde no se tiene acceso – sobre la importancia de una planificación familiar responsable.

Asimismo, estos “derechos sexuales y reproductivos” no se encuentran reconocidos expresamente en nuestra Constitución. Sin embargo, sí establece una serie de derechos intrínsecamente relacionados con ellos; nos referimos al derecho a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, además del derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad de conciencia, a la libertad de información, a la intimidad personal, entre otros²¹⁵.

Pese a ello la Constitución, sí hace referencia a la libertad reproductiva en cuanto reconoce la libertad de los padres de decidir sobre los hijos que desea tener – de acuerdo con la maternidad y paternidad responsable – pues en su art. 6 la Política Nacional de Población, paternidad y maternidad responsable establece:

“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud (...)”

En concordancia a ello, pese a existir un reconocimiento de la libertad de decisión del número y espaciamiento de los hijos, esto no significa que sea el Estado, a través de sus instituciones de salud, quien deba

²¹⁵ LLAJA VILENA, Jeannette. Derechos sexuales y derechos reproductivos en el Perú. Informe para el cumplimiento de la CEDAW. 2010. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/06/2dd_doc_diagnostico_ddssr1.pdf

producirlos y promoverlos a todas las personas que lo deseen y no pueden o no quieran procrearlos.

Por cuanto, la Ley General de Salud en su Art. 7 establece²¹⁶:

"Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestacional recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. (...) Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos".

En cuyo caso es necesario hacer referencia al Título Preliminar de la ley en análisis, precisamente el art. III, el cual establece²¹⁷:

"Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. (...) El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud".

En este caso, lo que procura el art. 7 y III del título preliminar de la Ley General de Salud es el derecho a recurrir a tratamiento de infertilidad que estén reconocidos por el Estado – entiéndase bajo los términos y condiciones que establece la ley, por cuanto estos tratamientos no deben afectar la dignidad del ser humano – haciendo la salvedad de que estos deben ser dados bajo la condición de que la madre genética y madre gestacional recaigan sobre la misma persona.

Pese a ello, existen diversas técnicas de reproducción asistida que no respetan la protección a la afectación de la dignidad del ser humano, sin embargo, al ser materia de investigación la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler, solo nos referiremos a ella.

Esta práctica, si bien presenta una regulación ambigua tal como se observa de lo establecido el en art. 7 de la Ley General de Salud, se debe

²¹⁶ Cfr. LEY GENERAL DE SALUD. Op. Cit. p.4.

²¹⁷ Cfr. LEY GENERAL DE SALUD. Op. Cit. p. 4.

tener en cuenta que el art. III del título preliminar en su último párrafo establece que el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud, por tanto toda interpretación realizada por los jueces llamados a administrar justicia debe ser en beneficio y protección del concebido – teniendo en cuenta el Principio del Interés del Niño –; por tanto, esta práctica quedaría totalmente rechazada dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, es necesario hacer mención del Reporte sobre la Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos establecido por el Comité para los Derechos de las Mujeres y la Equidad de Género del Parlamento Europeo publicado el 26 de septiembre de 2013, en el que se señala que la maternidad subrogada constituye una objetivación tanto de los cuerpos de las mujeres como de los niños y representa una amenaza a la integridad corporal y a los derechos humanos de las mujeres²¹⁸. Esto en razón de que se ve al vientre de la mujer transformado en un objeto de producción que puede arrendarse con el fin de satisfacer deseos de terceros, olvidándose de la existencia del límite de la libertad personal y de la afectación a la dignidad de la persona humana.

Lo que resulta peor, es que estos “derechos sexuales y reproductivos” aunado a una libertad reproductiva sin medida buscan la creación de “nuevos” derechos, como por ejemplo el derecho al aborto, que ya fue planteado mediante el Proyecto Ley N°3839-2014 y el cual es definido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como la expulsión o extracción de un feto o embrión, de su madre, cuyo peso sea de 500 gramos o menos. Este estadio corresponde aproximadamente a 20 semanas de gestación²¹⁹.

En pocas palabras, para quienes creemos que la vida humana se inicia desde la concepción, el aborto es la eliminación de un ser humano indefenso, en general, un acto criminal; convirtiéndose en un mero dato

²¹⁸ BARTOLIN ESPARZA, Marcelo; RODRIGUEZ ALCOCER, Adrián y PEREZ HERNÁNDEZ, Cándido. *Ibíd.* pp. 16-17.

²¹⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Ob. Cit.*, pp. 13-14.

biológico y jurídicamente irrelevante el hecho de que este ser humano se desarrolle en el vientre de la madre, lo cual no le da a la mujer bajo ninguna circunstancia la potestad de decidir sobre este nuevo ser.

Tal como lo refuerza HERVADA al señalar²²⁰:

“El aborto es sin paliativos, un acto criminal tipificable como delito grave. Desde el momento en que el óvulo se convierte en embrión humano, este ser embrionario es ya portador de toda la dignidad de la persona humana, porque la igualdad que radica entre todos por el hecho de ser hombre. Allí donde hay un ser humano, cualquiera que sea el momento de su historia en que se encuentra, allí está un sujeto de derechos fundamentales. Pero el hombre no comienza a serlo – a ser persona humana – por el nacimiento: lo es ya desde el momento en que el óvulo se transforma por la fecundación en una nueva vida, en un nuevo ser vivo, que está en la madre, pero que ya no es la madre”.

Otro “nuevo” derecho que hemos podido identificar a lo largo de nuestra investigación es el denominado “derecho al hijo”, cuya expresión no puede estar más equivocada por cuanto no se puede tener derechos sobre las personas ni puede exigirse al Estado o a la autoridad competente que a través del Derecho a la Salud, se nos dé un hijo, pues, por su dignidad como persona, ningún ser humano puede ser cosificado.

Incluso si analizamos el Derecho a Salud, podremos darnos cuenta que el Estado brinda políticas de salud que busca contrarrestar la presencia de la infertilidad, más no contrarrestarla con la accesibilidad de un hijo por cualquier medio posible.

En la Constitución²²¹ podemos identificar que esta se refiere al Derecho a la Salud en los siguientes artículos:

Art. 7 Derecho a la Salud – Protección al discapacitado:

“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al

²²⁰ LOPEZ GARCÍA, Guillermo. Ob. Cit., pp. 326-327.

²²¹ Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERU. Ob. Cit., pp. 59-61.

respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

Art. 9 Política Nacional de Salud

“El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todo el acceso equitativo a los servicios de salud”.

Art. 11 Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones

“El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.

Con respecto al derecho a la salud podemos observar en nuestra Constitución, que si bien el Estado se encuentra llamado a garantizar la salud de los ciudadanos para lo cual establece políticas de salud que facilitarían el acceso equitativo de este servicio, no establece que dentro de este reconocimiento el Estado deba proporcionar los mecanismos necesarios para la procreación aún si las parejas se encuentran imposibilitadas biológicamente.

Si bien es cierto que la infertilidad y la esterilidad son condiciones que no permiten el pleno goce de la salud y que, por tanto, su atención se halla dentro del alcance de protección del derecho a la salud, es importante reconocer que dicho derecho no establece un derecho a tener hijos un mucho menos la obligación del Estado de proporcionarlos.

Al respecto, es importante subrayar que esta práctica no mejora ni atiende un problema de salud pública, pues no representa un enfoque terapéutico sino por el contrario sustitutivo²²². Lo cual implicaría una política de salud preventiva o con la posibilidad de ser tratada, previo a un análisis clínico seguido de una atención adecuada para restaurar la

²²² BARTOLIN ESPARZA, Marcelo; RODRIGUEZ ALCOCER, Adrián y PEREZ HERNÁNDEZ, Cándido. Op. Cit., p.20.

condición de la persona, es decir que pueda procrear, más no incentivar sustituir el proceso procreativo en el vientre de otra persona.

Queda claro que no se puede defender la existencia de un derecho al hijo, en todo caso son los hijos los que tendrían derecho a tener padres y a conocerlos y ser cuidados por ellos en la medida de lo posible²²³.

En el caso de la maternidad subrogada o vientre de alquiler, la opinión pública, busca reconocer esta práctica como un derecho, recayendo en la consideración de reconocer al hijo como el objeto de un contrato y defender de esta manera un posible derecho al hijo como resultado de un proceso por el que se ha pagado altas sumas de dinero. Pues bien, es necesario preguntarnos en este caso **si ¿es la práctica del vientre de alquiler o maternidad subrogada un acto jurídico?**, pues bien, de conformidad con lo establecido por el artículo 140 del Código Civil del Perú, señalamos lo siguiente:

- Objeto física y jurídicamente imposible, ya que el cuerpo humano y sus respectivas funciones están fuera del comercio de los hombres.
- Fin ilícito, en la medida en que además de la utilización del cuerpo humano y sus funciones para el comercio, se busca disponer sobre el proyecto de vida de un nuevo ser, por libre acuerdo de los signatarios. Entonces a instancia de partes, la vida del concebido en la relación jurídica material no estaría siendo más que parte del objeto este acto jurídico.

Al ser actos cuyo fin es ilícito, no son exigibles, pues son actos jurídicos nulos, de conformidad con lo establecido por el artículo 219 de nuestro Código Civil²²⁴.

²²³ Cfr. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Art. 7.1. – “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

²²⁴ CODIGO CIVIL PERUANO ART. 219. – “*El acto jurídico es nulo:*

1. *Cuanto falta la manifestación de voluntad del agente*

- Atenta contra el orden público, pues se comercializa con el cuerpo humano.
- Es contrario a la ley, por contrariar las normas naturales de la filiación.
- Es un fraude, por encubrirse a través de la institución de la adopción.
- Es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución.
- Tipifica casos delictuales, como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos.

En conclusión, al no cumplir con los requisitos de validez que para su configuración es necesaria, esta práctica no puede ser considerada como un derecho que forma parte del Derecho a la salud y a la libertad de la persona, por cuanto va en contra de lo establecido por la ley y a su vez involucra una serie de afectaciones a cada uno de los involucrados, tal como lo expondremos a continuación.

2.3.2.2. Con relación a los involucrados en esta práctica

A. Padres contratantes y madre gestante

En este punto la afectación que puede generar la práctica del vientre de alquiler se puede manifestar por factores subjetivos, a través de la

2. *Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.*

3. *Cuando el objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable*

4. *Cuando su fin sea ilícito*

5. *Cuando adolezca de simulación absoluta*

6. *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad*

7. *Cuando la ley lo declare nulo*

En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa” Op. Cit., p.140.

afectación directa sobre la concepción de familia y por la lesión que genera a la dignidad de las partes; y jurídicos en cuanto amparados en un ejercicio abusivo de la libertad de la persona – libertad reproductiva – buscan ingresar dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un acto lícito esta práctica a través de la aplicación de la adopción por excepción, generando con ello un fraude a la ley.

Los factores subjetivos a los que hago referencia son aquellos que surgen a lo largo del proceso de la práctica de vientre de alquiler, surgen de manera inesperada y resulta que no son viables de ser tutelados como tales ante el ordenamiento jurídico, estos son los siguientes:

- La falta de cuidado de la madre gestante, por el hecho de no gestar un hijo biológicamente propio.
- La negativa de la madre gestante de entregar al menor a los padres contratantes, una vez nacido. – teniendo acá presente que ningún ser humano puede ser objeto de comercio.
- El requerimiento de los padres contratantes de dar por concluido el embarazo – entiéndase recurrir al aborto – ante la presencia de una imperfección en el concebido.
- El rechazo al menor de los padres contratantes por identificar alguna deficiencia biológica o malformación de este.

Otro de los perjuicios que resulta de esta práctica, es la afectación directa que se genera en el concepto de familia; puesto se estaría permitiendo el acceso a esta práctica a familias homoparentales e incluso la destrucción misma de la familia, dando pie a que una persona soltera requiera estos servicios para satisfacer sus deseos de tener un hijo.

Con respecto al acceso de esta práctica a familias homoparentales, podemos señalar el proyecto de ley que regula los vientres de alquiler

propuesto en Chile por los diputados del Partido por la Democracia, Miguel Ángel Alvarado y Loreto Carvajal del 29 de noviembre de 2017. El cual tiene como finalidad crear un registro de gestoras, en donde podrán inscribirse mujeres entre 25 a 45 años, que pondrán sus vientres a disposición de parejas que deseen ir en busca de la paternidad y maternidad. Se hace la salvedad que se presenta con un fin altruista, para que no se convierta en un negocio y, además, no se limita a determinadas composiciones familiares, sino que por el contrario queda abierto a la posibilidad del acceso a familias homoparentales²²⁵.

Esto quiere decir que pasamos de un concepto de familia formado por la pareja, sus ascendentes y descendentes²²⁶ – en sentido estricto – a la “creación” de una familia integrada por un solo progenitor – desde sus inicios y no convertida en ello por causas externas – y en donde la afectación resulta aún más grave por cuanto se desconoce la intervención de otro progenitor.

Estos perjuicios sobre la familia desembocan en una afectación directa de la dignidad de la madre gestante, por cuanto se la reconoce como un medio de producción para satisfacer las necesidades de terceros de tener un hijo, dejando de lado la dignidad ontológica del ser, y que este tiene derecho a ser procreado como la persona que es y no fabricado como una cosa, puesto entender a un hijo como un derecho propio implicaría erróneamente la cosificación del mismo y la afirmación de la existencia de una relación de dominio injustificado del padre sobre el hijo.

Con respecto a la afectación jurídica, debemos referirnos al ejercicio abusivo del derecho, por cuanto ese se configura “*cuando*

²²⁵ BIOCHILE. Ingresan proyecto de ley que regula los vientres de alquiler en Chile. 2017. [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en: <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/11/29/ingresan-proyecto-de-ley-que-regula-los-vientres-de-alquiler-en-chile.shtml>

²²⁶ PLIEGO CARRASCO, FERNANDO. El debate cultural del siglo XXI en 13 países democráticos, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2015, p. 59.

el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta es contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí, causando daños a terceros, incurren en un acto abusivo, no ejerce su derecho, sino que abusa de él. En tal caso, el acto carece de eficacia y vincula la responsabilidad del agente por los daños causados”²²⁷.

En este caso en específico, es la libertad reproductiva, la que los involucrados toman como un derecho justificante para la realización de la práctica de vientre de alquiler o maternidad subrogada. Si bien, esta libertad reproductiva, me permite decidir en qué momento deseo tener hijos y cuántos procrear en el transcurso de mi vida – siendo esto un acto lícito – el comercializar mi vientre para procrear hijos – que pueden ser genéticamente propios o no – que posteriormente ofreceré a terceros, atenta contra la moral, las buenas costumbres y el derecho mismo; porque es un acto que excede el derecho que me es reconocido y lesiona a su vez el derecho de un tercero, en este caso el del concebido.

Otra afectación a la esfera jurídica sería el fraude a la ley, generado por el uso del mecanismo de la adopción por excepción como un acto que busca insertar de manera legal la práctica del vientre de alquiler o maternidad subrogada. Esto en razón de que esta adopción excepcional²²⁸ no busca cumplir la finalidad para la cual fue creada, si no, por el contrario, cumple un papel de encubrimiento, logrando la

²²⁷ MERCADO NAVARRO, Felipe. Del abuso del derecho y la mala fe en los procesos civiles. [] [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Felipe-Mercado-Navarro-Del-Abuso-del-derecho.pdf>

²²⁸ Cfr. ÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Art. 128. - “En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes: a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y c) El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años”.

inscripción de los menores nacidos bajo esta práctica en favor de los que “solicitaron el servicio”. Así mismo, confluyen los tres elementos señalados por la doctrina civilista²²⁹.

- Norma jurídica imperativa u obligatoria. – aquí debemos señalar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen dos normas que se muestran como prohibitivas frente a la práctica de vientre de alquiler, estas son: el Art. 7 de la Ley General de Salud y el artículo primero de la Constitución Política que establece el resguardo de la dignidad del ser humano. Siendo deber de nuestros jueces, el realizar una interpretación favorable sobre la criatura nacida bajo este sistema teniendo en consideración el daño a la dignidad que genera sobre los implicados, y el atentado contra derechos como la vida, la integridad, la identidad – en este caso del concebido – entre otros.
- Intención de eludir su aplicación. – con el “acuerdo o contrato” previo realizado por los padres contratantes y la madre gestante de utilizar el mecanismo de adopción por excepción como herramienta final para concretizar la inscripción de la criatura que surge como resultado de dicha práctica, se evidencia el propósito deliberado de eludir el mandato legal imperativo, de modo que se busca la aplicación de una norma jurídica lícita para obtener un resultado contrario a derecho.
- Medio legal eficaz. – El medio legal eficaz que tendrá como finalidad neutralizar el efecto de la norma imperativa es el mecanismo de adopción por excepción, porque permite de manera legal la inscripción del menor que surge del resultado de esta práctica, sin que medie conflicto legal alguno.

²²⁹ ZANNONI, E. Op. Cit. p. 429.

B. Concebido

La principal afectación que genera esta práctica sobre el concebido es la lesión a la dignidad humana de este, porque se trata al menor como un medio para que los padres puedan satisfacer su deseo de tener un hijo y así este resulta ser un producto de un acuerdo entre las partes – madre gestante y padres adquirientes del “servicio” –.

El menor es tratado como un objeto de compra – venta el cual debe someterse a un control de calidad, por cuanto si no cuenta con las condiciones de salud necesaria, no es apto para su “comercialización”, así vemos noticias en donde la madre subrogante se niega a abortar un bebé al que le encontraron una malformación durante el embarazo²³⁰. Esta forma de transacción afecta tanto al menor como a la madre subrogante, y viola la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que resguarda en su capítulo primero lo concerniente a la dignidad de la persona y establece en su art. 3 *“la prohibición de hacer del cuerpo humano y sus partes una fuente de ganancias económicas”*²³¹.

Asimismo, la relación que establece el niño con la mujer que lo gesta y da a luz no es un tema de menor importancia; los expertos señalan que puede provocar en el subconsciente de la criatura un sufrimiento que se podría reavivar en la adolescencia, expresándose en “depresión, ansiedad, síntomas físicos, sentimientos de inseguridad o tendencias suicidas”²³²; esto en razón de la separación abrupta del niño de su madre subrogada, ya que lo que se pretende es que inmediatamente pase a los brazos de la madre contratante, cortando así el lazo de apego que los une.

²³⁰ DIARIO EL CLARÍN, Madre subrogante se niega a abortar a un bebé al que le encontraron una malformación durante el embarazo. 2013. [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en: https://www.clarin.com/hijos/alquilo-vientre-quiso-encontraron-malformacion_0_rJhPNTKPme.html

²³¹ CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

²³² CORREA ARROYO, Claudio. Psicología homoparental. Madrid, EDERSA, 2015. p. 21.

Otra de las grandes polémicas que podemos mencionar, es la incertidumbre que genera la filiación del hijo resultante de esta práctica y sus consecuencias jurídicas, como son la patria potestad, la guarda y custodia, el derecho de visita, los alimentos, las sucesiones, los atenuantes y agravantes de delitos debido al parentesco, entre otros.

Sin embargo, el primer caso que me viene a la mente por cuanto es un tema actual, conflictivo y que nunca pudimos haberlo siquiera pensado es el caso del bebé que nació con tres padres distintos²³³. Si bien, el tema principal en esta noticia no fue el vientre de alquiler, se debe reconocer que el método de inseminación para esta práctica es la misma.

Como se puede apreciar, el reconocimiento de la práctica de la maternidad subrogada o vientre de alquiler dentro del ordenamiento jurídico, implicaría el desconocimiento del Art. 7 de la Ley General de Salud que prohíbe dicha práctica y el Art. I de la Constitución Política del Perú – la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad –, por cuanto, paralelamente estaríamos reconociendo los denominados “derechos sexuales y reproductivos” y con ello se generaría la creación de “nuevos” derechos que atentarían contra la vida y dignidad de la persona – por cuanto consideraríamos al concebido como un objeto jurídico factible de comercialización y del cual se pueden tomar decisiones sobre su vida – con ello nos referimos al “derecho” al hijo y el “derecho” al aborto.

²³³ DIARIO EL PAÍS, Nace un bebé con la nueva técnica de tres padres genéticos. 2016. [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en: https://elpais.com/elpais/2016/09/27/ciencia/1474989059_678680.html

CAPÍTULO III: LÍMITES JURÍDICOS DE LA PRÁCTICA DEL VIENTRE DE ALQUILER Y LA IMPORTANCIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La historia nos ha demostrado que la sociedad es propensa al cambio – incluso las costumbres cambian con el pasar del tiempo – y lo mismo sucede cuando hablamos sobre la normativa de los ordenamientos jurídicos, los cuales cambian a través de las reformas, y si bien sus cambios tienen como finalidad ser mejores referencias a su antecesor, no siempre lo son. Cambios o no, lo cierto es que existen ciertos derechos fundamentales y valores que deben permanecer inalterables – por ejemplo, el respeto a la dignidad humana, el derecho a la vida, entre otros. Y la labor jurídica de los llamados a impartir justicia debe regirse bajo esa perspectiva y no sucumbir a el deseo de tercero.

3.1 LÍMITES JURÍDICOS DE LA PRÁCTICA DE VIENTRE DE ALQUILER

3.1.1. Dignidad de la persona

La idea de dignidad ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad – para ser más precisos desde el reconocimiento de Dios como el Creador, en razón a su concepción divina – la cual con el pasar de los siglos llegó a positivarse como concepto jurídico dentro de los ordenamientos internacionales.

3.1.1.1. Planteamiento histórico – filosófico de la dignidad

Para la mentalidad medieval la dignidad se predicaba de Dios, y sólo por derivación podía predicarse después del hombre, tal como lo manifiesta Pico de la Mirandolla (1486) en el Discurso sobre la dignidad humana, en donde pone en boca de Dios la grandeza del hombre para que de acuerdo con su libertad pueda él mismo ser su propio artífice, o autoconstructor²³⁴.

²³⁴ SALDAÑA, Javier. “La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente. 2010 [ubicado el 25. XI.2016]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2312/8.pdf> p. 22.

Según se ve, de Dios se desprende la dignidad, aquella que resulta inherente a todo ser humano por estar hechos a su imagen y semejanza, es así como por derivación, la dignidad divina de Dios se presenta también en el género humano, haciéndonos partícipe de ella. Esta idea, se ve reflejada en algunos pasajes de la *Summa Theologiae* de SANTO TOMAS DE AQUINO, por ejemplo:

“(El) Artículo 4to.- Como quiera que se dice que el hombre es a imagen de Dios en cuanto a la naturaleza intelectual puede imitarle del modo más perfecto posible (...) y el Artículo 5to.- En el hombre se da la imagen de Dios en cuanto a la naturaleza divina y en cuanto a la trinidad de personas, pues en el mismo Dios hay naturaleza en tres personas”

Con estos ejemplos se reafirma una vez más que el hombre es el receptor de la imagen de Dios, por estar hecho a su imagen y semejanza, por ello, está dotado de dignidad y se encuentra sobre todos los otros seres vivientes.

Ahora, si bien ya se esclareció el porqué de esta cualidad ontológica del ser humano, es necesario referirnos al significado de dignidad humana; al respecto, Ruiz Giménez reconoce que la dignidad de la persona se nos ofrece como una categoría pluridimensional, distinguiendo cuatro niveles o dimensiones²³⁵:

- a. Dimensión religiosa. -en cuya virtud se concibe al hombre a imagen y semejanza de Dios.
- b. Dimensión ontológica. - se considera al hombre como ser dotado de inteligencia racional, con conciencia de sí mismo y de su superioridad en el orden de la naturaleza.
- c. Dimensión ética. - en relación con la autonomía moral como esencial función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y ante cualquier modelo de conducta. (Este

²³⁵ RUIZ GIMÉNEZ, J. Comentarios a la Constitución Española de 1978, Madrid, EDERSA, 1996, pág. 58.

planteamiento coincidiría con el planteamiento Kantiano del cual haremos referencia más adelante).

- d. Dimensión social. - referida a la forma de comportamiento de las personas dentro de un determinado territorio.

Sobre esta última dimensión el autor señala que por paradójico que resulte, preservamos nuestra dignidad con independencia de lo indignos que podamos llegar a ser. La dignidad no queda desmentida por el hecho de que muchas personas se comporten indignamente, mencionando incluso, que hasta el asesino más abyecto tiene dignidad²³⁶.

Esto quiere decir, que la dignidad es una cualidad inherente a toda persona, sin importar el comportamiento que pueda tener esta, pues ni siquiera una actuación considerada por parte de la sociedad como indigna priva a la persona de su dignidad y es precisamente esta actuación libre del ser, que denota en este su libre albedrío, al poder elegir de manera racional cualquier modelo de conducta; claro está, que siempre se debe de tener en cuenta el respeto hacia los demás, con lo cual se entraría a un ámbito jurídico del cual posteriormente se hará referencia.

Por otra parte, desde una perspectiva filosófica, muchos filósofos plantearon posturas distintas sobre la dignidad humana, esto en relación con que anteriormente no se hablaba de una dignidad igualitaria, porque se tenía la concepción de que solo ciertas personas nacían privilegiadas con esta cualidad o esta se adquiría a través de ciertas conductas.

²³⁶Ibíd. p. 58.

Es así como resulta necesario para nuestra investigación el referirnos a algunos planteamientos:

A. Concepción Platónica

Es importante conocer el contexto sociológico y político en la Atenas de los siglos V y IV a. C. para entender aspectos importantes del pensamiento platónico. Las concepciones políticas de Platón respondían a los intereses de una clase privilegiada de ricos ciudadanos los cuales se identificaban más con el sistema conservador y cerrado de Esparta que con el sistema abierto y democrático de Atenas²³⁷. Este sistema conservador y a su vez totalitarista del que hacía referencia Platón, consistía en el sometimiento del individuo al poder total de la comunidad, en donde el individuo carecía de libertad y, por tanto, no existía una abierta participación.

Aquí podemos mencionar el caso de su maestro, SÓCRATES, el cual fue condenado a muerte por envenenamiento, por considerar que este “incitaba a los jóvenes a tener pensamientos revolucionarios”²³⁸; es decir, que sus ideales – los cuales fueron en su mayoría contrarios a lo dictaminados por la cúpula social – atentaban contra el sistema conservador de la época, generando preocupación entre los ciudadanos.

Dicho eso, la concepción de PLATÓN sobre la condición humana era profundamente negativa, ya que definió a los hombres a partir de su finitud y en particular a través de su ignorancia inherente. No les dotó de facultades para comprender ni la realidad, ni su individualidad; considerando que solamente una correcta educación les hubiera permitido salir de este estado de indignidad. Platón esbozó entonces un modelo de sociedad

²³⁷ DOMÉNECH MIRA, José. Aproximaciones al enigma humano. Reflexiones Humanistas y Científicas II, Madrid, Visión Libros, 2013. p.46.

²³⁸ *Ibíd.* p. 48.

totalitaria y clasista donde una minoría, supuestamente superior, se volvía omnisciente del resto de la población²³⁹.

Al respecto, podemos decir que el concepto de dignidad humana a lo largo del tiempo ha pasado por un proceso que buscó el reconocimiento de igualdad de la dignidad, por cuanto actualmente la dignidad implica dos cosas esenciales: el reconocimiento de una dignidad inherente y una igual dignidad de las personas²⁴⁰; sin embargo, en la concepción de PLATÓN, este sostenía una postura pesimista de la condición humana, por ser este un ser indigno y finito; asimismo, en el párrafo anterior se hace evidente que existe la posibilidad de salir de esta ignorancia del ser a través de una educación adecuada, con lo que se estaría defendiendo una institución regida por la desigualdad que justificaría la existencia de la esclavitud.

En efecto, el tipo de régimen que defendió Platón iba en contra de la dignidad humana, ya que no reconocía ni un valor inherente a los individuos, destacando dos dimensiones²⁴¹:

Una visión negativa de la condición humana. – Dentro del cual encontramos dos conflictos: a) la condición del hombre como un ser naturalmente ignorante b) la lucha constante del alma humana contra el cuerpo.

Con respecto al primer punto, podemos mencionar el mito de la Caverna, donde PLATÓN, plantea la ignorancia del hombre mediante la siguiente escena²⁴²:

“Imagina unos hombres en una habitación subterránea en forma de caverna con una gran abertura del lado de la luz. Se encuentran en ella desde su niñez, sujetos por cadenas que les inmovilizan las piernas y el cuello, de tal manera que no

²³⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Grenara. Apuntes de Antropología Filosófica, Piura, UDEP, 2000. P. 50.

²⁴⁰ FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita, Madrid, Dykinson, 2011. p. 17.

²⁴¹ TOVAR, Antonio. Un libro sobre Platón, Madrid, Espasa-Calpe, 1956. p. 162

²⁴² PLATÓN, El mito de la Caverna. [Ubicado el 25. XI. 2016]. Obtenido en https://arditiesp.files.wordpress.com/2012/10/platon_caverna.pdf

pueden ni cambiar de sitio ni volver la cabeza, y no ven más que lo que está delante de ellos. La luz les viene de un fuego encendido a una cierta distancia detrás de ellos sobre una eminencia del terreno. Entre ese fuego y los prisioneros, hay un camino elevado, a lo largo del cual debes imaginar un pequeño muro semejante a las barreras que los ilusionistas levantan entre ellos y los espectadores y por encima de las cuales muestran sus prodigios”.

En este sentido, la alegoría de la Caverna revela la visión pesimista de la condición del hombre, al asemejar su condición a la de unos prisioneros en una caverna, los cuales se encuentran incapaces de percibir la realidad que se encuentra frente a ellos, pues toman como reales las sombras que se proyectaban ante sus ojos, las cuales ni siquiera eran verdaderas; en pocas palabras, el hombre se presenta como un ser indigno en cuanto vive en una constante ignorancia de la cual podrá salir a través del conocimiento²⁴³.

“Supongamos ahora que se les libre de sus cadenas y se les cure de su error; mira lo que resultaría naturalmente de la nueva situación en que vamos a colocarlos. Liberamos a uno de estos prisioneros. Le obligamos a levantarse, a volver la cabeza, a andar y a mirar hacia el lado de la luz: no podrá hacer nada de esto sin sufrir, y el deslumbramiento le impedirá distinguir los objetos cuyas sombras antes veía”.

Nuevamente se hace la salvedad de que dicha condición puede ser superada, a través del conocimiento, donde la liberación de la ignorancia va a permitirle al hombre descubrir la esencia real de las cosas y así poder participar de la dignidad que pertenece solo a algunos “privilegiados”.

Con respecto al segundo punto, PLATÓN tiene una concepción dualista entre el cuerpo y el alma²⁴⁴, en donde es solo el alma el elemento de perfección del ser humano, por su condición divina e inmortal; el cual ha sido perjudicada por el cuerpo humano,

²⁴³ Ibídem. p.9.

²⁴⁴ PELE, Antonio. Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana, Tesis para obtener el grado de Doctor, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2006, p. 38.

siendo contaminada por sus placeres mundanos y su mortalidad²⁴⁵.

“En efecto, la dignidad de la naturaleza humana en Platón se configuraba sólo en un nivel extra-mundanal. La excelencia del ser humano no podía caber en su condición humana, limitada e ignorante. El Hombre debía huir de su condición y también, debía negar una parte de su propia naturaleza, tal como su individualidad corporal”.

Así, para que el hombre pueda acceder al verdadero conocimiento, debe aprender a no guiarse de los impulsos de su cuerpo, pues debe ser consciente de las imperfecciones que este presenta; para de ese modo, una vez tenido en cuenta su condición, deberá buscar purificarse de esta corporeidad, para poder participar de la dignidad.

Una sociedad ideal desigual y totalitaria. – En este punto se plantea la perspectiva no igualitaria de Platón, en donde la sociedad se presenta como clasista, no existiendo el respeto a la autonomía individual del ser humano, mucho menos el reconocimiento igualitario de la dignidad humana, pues estos eran negados por el Estado; lo cual resulta paradójico, primero, porque es precisamente este el encargado directo de garantizarlos y segundo, porque nadie puede negar la dignidad inherente al ser humano.

En este sentido, Platón dividió a la sociedad en tres clases: los “guardianes”, los “auxiliares” y los “comerciantes”. Los primeros eran filósofos, que accedían al mundo de las ideas y podían desempeñar cargos públicos; los segundos, eran los soldados y otros funcionarios encargados de proteger el Estado; y los terceros, coincidían con los trabajadores que debían satisfacer las necesidades básicas del Estado. En resumen, esas tres clases

²⁴⁵ Ibídem. p. 39.

coincidían con las tres funciones esenciales de la ciudad: administración, defensa y justicia²⁴⁶.

Este modelo plantea la idea de justicia en cuanto exista un equilibrio entre estas clases y sobre todo el dominio de las dos primeras clases – los guardianes y auxiliares, los cuales eran los encargados de dirigir con eficacia la sociedad porque se consideraban hombres “dotados de conocimiento” – sin embargo, esta clasificación social simboliza una pseudo justicia, en cuanto es clara la presencia de desigualdad entre los seres humanos.

Como si fuera poco, para ser más resaltante esta desigualdad, era de conocimiento que sólo las dos primeras clases podían recibir una educación, mientras que la tercera debía resignarse a cumplir sus tareas serviles; reflejándose aquí una diferencia de rango que derivaba del grado de perfección de la naturaleza de cada hombre²⁴⁷. Con este párrafo nuevamente se corrobora lo mencionado en unos inicios; la dignidad se adquiere a través del conocimiento, con la salvedad de que no todos pueden participar activamente de la educación, puesto esta se encuentra dirigida únicamente a ciertos individuos que por su misma naturaleza se encuentran predispuestos a recibirlos. Entonces, cabe preguntarse **¿a quiénes estaba dirigida la educación?** Teniendo como respuesta, a los “guardianes”, los “auxiliares”, por ser los encargados del futuro de la sociedad.

Este tipo de planteamiento que propone Platón afirma que la dignidad humana se adquiere en función de una determinada situación social. Así mismo, podríamos comparar a la clase “comerciante” – aquella que no está dotada de dignidad – como esclavos, puesto su función es satisfacer las necesidades del Estado – conformada por las otras clases sociales – y reconocer

²⁴⁶ SALGADO GONZÁLEZ, Sebastián. El ideal de ciudad justa. Serie histórica de la filosofía, Madrid, DUERERÍAS, 2012, p. 15

²⁴⁷ *Ibidem*. p. 16.

su autoridad por sobre los demás en cuanto están dotados aparentemente de una naturaleza superior.

En definitiva, a través del planteamiento de Platón, la maternidad subrogada encuentra una justificación – así como lo hacía la institución de la esclavitud – por cuanto:

- La Dignidad Humana no es igualitaria para todos porque esta depende de la naturaleza del ser, siendo ciertas condiciones o facultades – como por ejemplo la educación y la clase social – las que vuelven a la persona digna.
- Esta Dignidad que plantea Platón, se ve potencializada de acuerdo con la clase social dentro de la cual se nace, precisamente porque es esta la que determinará si la persona es digna de recibir la educación adecuada que requiere el ser para ser dotado de Dignidad Humana.

Entonces, si asociamos lo mencionado con el tema de investigación; resulta evidente que un concebido que se encuentra dentro del cuerpo de la madre, es un ser “ignorante”, que de manera figurada se encuentra dentro de una “caverna”, en donde lo único que tiene es lo que su madre le ofrece. Esta dependencia es lo que lo vuelve un ser ignorante, y por último, no tiene capacidad para tomar decisiones, ni la posibilidad inmediata de obtener conocimiento, salir de la ignorancia y ser poseedor de dignidad humana.

Bajo este razonamiento, el concebido al encontrarse en una situación de dependencia e ignorancia, no se encuentra dotado de dignidad humana y por tanto no recaen sobre él mecanismos de protección, siendo únicamente la madre la que se encontraría dotada de dignidad humana y de cual dependería cualquier toma de decisión fundamental que recaiga sobre el concebido, siendo moral y judicialmente correcto cualquiera de las prácticas que

actualmente se tratan de insertar en la sociedad – entiéndase con ello a la maternidad subrogada, matrimonio entre homosexuales, ideología de género, etc.

B. Concepción Kantiana

Para referirnos a este planteamiento filosófico es necesario mencionar que, para hablar sobre la fundamentación de la dignidad humana se debe relacionar temas como la moral del ser humano, la importancia de este como fin en sí mismo y la autonomía que lo caracteriza. Con respecto al tema moral se señala:

“(...) Kant distingue claramente entre “valor” y “dignidad”. Concibe la “dignidad” como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes. La dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil ni intercambiable o provechoso. Lo que puede ser reemplazado y sustituido no posee dignidad, sino precio. Cuando a una persona se le pone precio se la trata como a una mercancía.”.

Se entiende por dignidad aquella dimensión personalísima, indelegable, intransferible y excelente de la persona moral, \neg - el cual revela sobre el ser humano, esa capacidad de hacerse preguntas morales, de discernir entre lo justo y lo injusto, de distinguir entre acciones morales e inmorales, y de obrar según principios morales, es decir, de obrar de forma responsable – reconociéndolo como un ser distinto a los que con él coexisten, ya que la naturaleza humana obedece a una realidad distinta a los otros seres, lo que conducirá a que pueda dominarlos.

Asimismo, se resalta la imposibilidad de cosificar al ser humano, exaltándolo de la siguiente manera²⁴⁸:

“La humanidad misma es una dignidad; pues el hombre no puede ser utilizado por ningún hombre (ni por otro ni por sí

²⁴⁸ PELE, Antonio. Op. Cit. pp. 40-41

mismo) sólo como medio, sino que debe ser utilizado siempre a la vez como fin, y su dignidad estriba precisamente en que él se eleva sobre todos los otros seres del mundo, que no son hombre y pueden ser utilizados. Así, pues, como él no se puede vender a sí mismo por ningún precio (sería contradictorio con el deber de autoestima), así tampoco puede obrar contra la autoestima de los otros hombres, o sea, está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en cada otro hombre; por consiguiente, pesa sobre él un deber, que se refiere al respeto que necesariamente hay que mostrar a cada hombre”.

Esta idea de ver al hombre como un fin y no como un medio, plante dos cosas, primero, la existencia de una condición especial sobre el ser humano que impide que este sea usado como medio para realizar un determinado acto y segundo la exaltación del respeto sobre sí mismo y sobre el otro – lo cual genera que se tenga en cuenta desde ya la existencia de límites sobre el obrar humano.

Desde el punto de vista de nuestra sociedad actual, el hombre debe ser visto como un fin, para lo cual existen mecanismos que aseguran el cumplimiento de este “principio” como por ejemplo el Derecho Genético, la Bioética, etc., los cuales resaltan la importancia de los límites del actuar del hombre, y sobre todo del reconocimiento de la dignidad de la cual este está dotado.

Sin embargo, cabe resalta que dicha dignidad no era reconocida de manera ontológica por KANT, por cuanto este manifiesta que “(...) la autonomía es, por lo tanto, la base de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”. En pocas palabras, lo que justifica el estar dotado de dignidad es la presencia de este rasgo particular del hombre, la autonomía; siendo esta característica la que marca la diferencia entre los animales y los seres humanos.

Por el contrario, para autores como REBOLLO VARGAS y TENORIO TAGLE²⁴⁹:

“El fundamento de la dignidad humana si bien no se remite a la constitución ontológica o a la especificación genética, esta se remite a la autonomía como la capacidad moral autodefinida. En consecuencia, todos los miembros de la especie humana poseen, por principio, la misma dignidad”.

Es decir que, aunque KANT mencione como presupuesto para el reconocimiento de la dignidad la existencia de la autonomía del ser humano, no se genera afectación alguna en cuanto esta última es una condición autodefinida del hombre.

Sin embargo, al hablar de la persona moral, de la autodeterminación y de ver al hombre como un fin, nos lleva a preguntarnos si ¿el concebido encaja dentro de estas características necesarias para ser considerado, según esta concepción, como un ser dotado de dignidad? – entiéndase la importancia de analizar este punto, en cuanto forma parte de la materia de investigación del presente trabajo

La Real Academia Española, define a la autodeterminación como aquella *“capacidad de una persona para decidir por sí misma algo”*²⁵⁰, capacidad que se ve reducida en el caso del concebido por ser este un ser dependiente de su madre, tanto durante, como unos años después de su nacimiento. Entonces, según el planteamiento kantiano el concebido sería un ser que, al no contar con la capacidad de autodeterminación, no podría ser poseedor de dignidad; y al no estar dotado de ella, podría ser utilizado como un medio, llegando a cosificarlo sin necesariamente ser un acto moralmente malo, puesto es la madre que, por contar con la capacidad de autodeterminación, tiene la

²⁴⁹ REBOLLO VARGAS, Rafael & TENORIO TAGLE, Fernando. “Derecho penal, Constitución y Derechos”, J.M. Bosh Editor, Barcelona, 2013. p. 293.

²⁵⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [Ubicado el 25. XI. 2016]. Obtenido en <http://dle.rae.es/?id=4SAQBWN>

libre potestad de la toma de decisiones sobre su cuerpo. Además, al concebido no se le puede considerar como persona moral, en cuanto se necesita del raciocinio para la toma de decisiones sobre lo moralmente bueno.

A manera de conclusión, tanto PLATÓN como KANT, en sus planteamientos filosóficos sobre la dignidad, proponen una dignidad no ontológica del ser, no resultando ser igualitaria por cuanto se necesita cumplir ciertas condiciones para poder ser dotados de esta, y en ambos casos, se considera que al concebido no le corresponde medio de protección alguno porque es un ser que carece de dignidad, por ser este ignorante, dependiente y totalmente desprovisto de autonomía.

3.1.1.2. La Dignidad humana desde el Derecho

A. Dignidad como base de los Derechos Humanos

Como menciona la DRA. LAURA SALDIVIA, el reconocimiento de la dignidad humana surge, frente a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y de otras formas de gobierno totalitarios; adoptando a la dignidad humana como el valor central que debe fundamentar, informar y enriquecer el contenido de los derechos humanos y las protecciones constitucionales²⁵¹. Tal es el caso, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo primero se estipula que²⁵²:

“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

²⁵¹ MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS. Dignidad humana. Filosofía, bioética y derechos humanos: serie debates y nuevos desafíos. 2010. [ubicado el 25.X.2016] Obtenido en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E4F6A6FF94D478FC05257D160074301C/\\$FILE/ceb-oax-0170.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E4F6A6FF94D478FC05257D160074301C/$FILE/ceb-oax-0170.pdf)

²⁵² DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1948. [ubicado el 25.X.2016] Obtenido en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Como bien sabemos, este reconocimiento jurídico de los Derechos Humanos, que posee como sustento a la dignidad intrínseca del ser, ha sido un proceso lento, el cual ha significado la lucha constante el hombre, – ponía como ejemplo la autora, a la Segunda Guerra Mundial – el sacrificio del mismo, la participación de los Estados, etc.; actuaciones que llevaron a la creación de muchos otros instrumentos internacionales que tienen la misma finalidad como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos Fundamentales, entre otros.

En general, para TOBAR MESA, el objetivo de los derechos humanos es:

“funcionar como instrumento para impedir que se prive a los individuos de ciertos bienes con el argumento de que ello beneficia (...) a otros individuos, a la sociedad en conjunto a una entidad supraindividual”.

O sea, si se reconoce determinados derechos a los seres humanos por estar dotados estos de dignidad, se debe reconocer de manera obligatoria que existe una determinada esfera del individuo que nunca puede ser afectada, incluso aún si se señalara que esto es en aras de un beneficio común.

B. Valor normativo de la dignidad humana

La dignidad humana resalta por el valor normativo que tiene dentro de nuestro ordenamiento político, lo que se comprueba a través de su positivización a nivel constitucional y su rol de principio rector dentro del sistema político y social vigente.

Es así que, en opinión de César Landa, la dignidad se presenta como un principio rector de la política constitucional en la medida

que dirige positiva y negativamente a las acciones estatales – acción legislativa, judicial, etc. – y señala lo siguiente²⁵³:

“La dignidad humana es un principio rector de la política constitucional en la medida que dirige y orienta positiva y negativamente la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. Positivamente, en la medida que todos los poderes y organismos públicos deben asegurar el desarrollo de la dignidad humana en los ámbitos del proceso legislativo, judicial y administrativo. Negativamente, en cuanto deben evitar afectar la dignidad humana a través de las leyes, resoluciones y actos administrativos que emitan, ya que todos los poderes públicos están vinculados directamente a la Constitución en un sentido formal y material”.

Entonces, una vez establecido el reconocimiento de la dignidad como fundamento constitucional – principio y derecho fundamental – los estados están en la obligación de brindar las medidas necesarias para que no exista acto u omisión que represente una infracción judicial sobre el mandato de respetar la dignidad de las personas. En otras palabras, este principio se encargará de orientar las actividades normativas y jurisprudenciales, y a su vez, servirá como guía para la interpretación de otros derechos.

Pese a ello, el reconocimiento de la dignidad humana se encuentra tergiversado en el ordenamiento internacional, por cuanto existe en la actualidad, determinados estados – podemos mencionar a los estados islámicos, algunos estados de Estados Unidos, etc. – en cuya normativa se atentan contra la dignidad humana, puesto promueven prácticas abortivas, la aplicación de la eutanasia, la pena de muerte, discriminación hacia la mujer, etc.

En nuestro ordenamiento jurídico, la dignidad humana se encuentra tutelada a nivel Constitucional, así en su artículo

²⁵³ LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona humana”, Revista ius et veritas, N° 21, septiembre 2000, pp. 10-25.

primero se menciona que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, por tanto, cualquier vulneración traería consigo un atentado contra un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, reconoce a la dignidad, el carácter tanto de principio como derecho fundamental señalando lo siguiente²⁵⁴:

“(…) en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana”.

El Estado, no solo tiene el deber de respetar la dignidad, sino el de protegerla activamente, impidiendo los atentados de los particulares, adoptando las medidas apropiadas para evitarlos o, castigándolos con los medios proporcionales y suficientes. Precisamente la dignidad humana, se configura como *“(…) un mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”*²⁵⁵.

A modo de conclusión, cabe señalar lo manifestado por BORIS ESPEZÚA²⁵⁶:

“La Dignidad humana constituye el núcleo central de la persona humana, de su personalidad y de ella se derivan los derechos y las libertades fundamentales de la persona. La dignidad es un valor moral, es un principio y constituyendo un derecho es una premisa irrestringible de la persona humana”.

²⁵⁴ STC del 20 de abril de 2006. {Expediente número 2273-2005-PHC/TC} [ubicado el 25.X.2016]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

²⁵⁵ STC del 3 de enero de 2003. [Expediente número 010-2002-AI/TC} [ubicado el 25.X.2016]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

²⁵⁶ ESPEZÚA SALMÓN, Boris. La protección de la dignidad humana (Principio y derecho constitucional exigible), Arequipa, Editorial Adrus, 2008. p. 203.

En este sentido, la protección del individuo por parte del Estado surge de un presupuesto de dignidad, la cual es la misma en cualquier estadio de su existencia y en cualquier faceta de su conducta; por eso, aunque la persona sea un extremo delincuente o se encuentre sentenciado a la pena de muerte, su dignidad queda incólume porque es parte de su ser.

C. Funciones de la dignidad humana dentro de la Constitución

Como ya habíamos mencionado, la dignidad cumple un papel importante dentro del sistema social y político a nivel mundial, por lo que ha sido reconocido a nivel constitucional por diversos estados. Por ejemplo, dentro de nuestro ordenamiento cumple un papel de principio rector y derecho fundamental; sin embargo, cumple a su vez, muchas más funciones que trataremos de revisar brevemente.

TOBAR MESA, propone cinco funciones que debe cumplir la dignidad dentro de las constituciones que la reconocen²⁵⁷:

- Función legitimadora. – La dignidad otorga legitimidad al Estado al ser la base del Derecho Constitucional y del orden de la Comunidad Internacional, vinculándola a la sociedad.

Al respecto, el profesor LUCAS VERDÚ²⁵⁸ subraya el elevado valor de la dignidad de la persona humana, en virtud de su carácter legitimador que exige tanto prestaciones positivas, como abstenciones por parte del Estado, al puntualizar:

"Puesto que la dignidad humana no es creada por un fin legislativo y tampoco el resultado del Estado social y democrático de derecho, sino una precondición o presupuesto del mismo, de forma que sus instituciones

²⁵⁷ TOBAR MESA, Keyla. Op. cit., pp. 85-86

²⁵⁸ LUCAS VERDU, Pablo. Teoría de la Constitución como ciencia cultural. Significado, función y finalidad de una teoría de la Constitución, Lima, Universidad de San -martín, 1996. p. 26.

deben respetarla y protegerla y aún contribuir sea activamente, o absteniéndose, de entorpecerla o, a mayor abundamiento protegiéndola, se revela su superioridad constitucional".

Lo que se trata de decir con esta función, es que el Estado no ha implementado a la dignidad como un valor o derecho necesario en la sociedad, sino, por el contrario, es la dignidad la que, precediendo al Estado, ha propiciado su reconocimiento. Legitimándolo para la toma de medidas necesarias para su tutela.

- Función ordenadora. – la dignidad es la institución llamada dentro del Estado de Derecho Democrático a delimitar la actividad de los poderes públicos y privados, evitando con ello infracciones de todo orden a la persona humana.

Esta función, en concordancia con la primera función mencionada, establece que, una vez legitimado al Estado para la toma de medidas necesarias para su tutela, este no puede permitir actos que generen una infracción ya sea incluso por parte de este o de terceros.

- Función temporal. – la función temporal de la dignidad deriva del carácter inviolable de esta. Ella es expresión de la voluntad unitaria de la comunidad, de dar forma a los principios y valores que la fundan. Esta nueva interpretación constitucional abierta y pluralista se traduce en un “Proceso de Mutación Constitucional”, el cual implica una transformación de los contenidos de la norma de acuerdo con las necesidades y desafíos de la persona, manteniendo el texto literal de la misma.

Esta función surge del desafío de establecer un único concepto de dignidad a lo largo del tiempo, esto debido a que nos encontramos en una sociedad en constante desarrollo y por tanto cambiante a través del tiempo. Por tanto, lo que hoy es considerado como un acto que atenta contra la dignidad de la

persona, en un futuro debe tener la misma connotación, puesto la dignidad no es una creación de los ordenamientos jurídicos o de la sociedad misma.

Por su parte, RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS²⁵⁹ considera que la dignidad no solo presenta las funciones antes mencionadas, e incluye:

- Función hermenéutica. – constituye la base sobre la cual ha de ser determinado el "contenido esencial" de los distintos derechos fundamentales proclamados en la norma fundamental y, por ende, uno de los valores que ha de prestar un sentido propio al ordenamiento supremo, debiendo presidir toda su interpretación y aplicación.

Este valor constitucional de dignidad de la persona humana se presenta como un parámetro interpretativo del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico.

3.1.2. El principio del Interés Superior del Niño

De acuerdo al análisis realizado en el presente estudio, se ha determinado que la práctica de vientre de alquiler o maternidad subrogada puede generar una disociación entre la concepción y la gestación, con lo cual la madre genética y la mujer gestante no siempre recaen en la misma persona; e incluso si lo hiciera, los factores que involucran esta práctica ocasionan una constante vulneración de ciertos derechos del concebido – derecho a la filiación, a la identidad, entre otros –, son precisamente bajo estas circunstancias en las que el principio del interés superior del niño se presenta como la base o fundamento que busca garantizar en todo momento una toma de decisiones favorables para el menor.

²⁵⁹ RUIZ-GIMÉNEZ, CORTÉS. *Comentarios a la Constitución de 1987*, Madrid, Edersa, 1997. p.58.

3.1.2.1. Aspectos generales sobre el principio del Interés Superior del Niño

A. Definición del Principio del Interés Superior del Niño

Antes de brindar una definición, debemos señalar que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924²⁶⁰, hasta la Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas aportada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989²⁶¹.

La Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño lo establece como un derecho subjetivo de los menores de edad y como un principio interpretativo de cuantas medidas potencialmente pudieran afectar directa o indirectamente a los niños²⁶².

Para poder entender más del Interés Superior del Niño, debemos reconocerlo no solo como un principio, sino además como una norma de procedimiento y un derecho, así como lo establece las Naciones Unidas²⁶³ al señalar que:

“(Es) Un principio, en cuanto, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el Interés Superior del Niño; como una norma de procedimiento, siempre que se

²⁶⁰ La Declaración de Ginebra establece que “la humanidad debe al niño lo mejor que esta pueda darle”. En cinco artículos son reconocidas las necesidades fundamentales de los niños y niñas. El texto se centra en el bienestar del niño y reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección. Sin embargo, si bien el texto contiene ciertos derechos fundamentales del niño, no tiene fuerza vinculante para los Estados.

²⁶¹ LOPEZ, CONTRERAS, R.E. “Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, N°13, marzo 2015, p. 53.

²⁶² TORRECUADRADA GARCÍA LOZANO, Soledad. “El interés Superior del Niño”, *Anuario Mexicano de Derechos Internacional*, N° 16, agosto 2016, p. 132.

²⁶³ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*. 2008. [ubicado el 25.IX.2016]. Obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelni%C3%B1o.pdf>

deba tomar una decisión que afecte a menores, en este caso se debe evaluar las repercusiones de la decisión y como un derecho por cuanto se debe garantizar que el Interés Superior del Niño prime al sopesar distintos intereses al momento de tomar una decisión”.

Entonces debemos entender este interés como un conjunto de acciones y procesos que buscarán garantizar la protección de los derechos del niño y adolescente, en cuanto cualquier decisión a tomar debe estar orientada a garantizar en todo momento, el desarrollo integral, una vida digna y el máximo bienestar posible del menor.

B. Características del Interés Superior del Niño

- Principio garantista. - Con la definición antes mencionada, podemos darnos cuenta que el Interés Superior del Niño, se presenta como una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que generen alguna afectación.

Al respecto, DIEGO FREEDMAN²⁶⁴ hace ciertas precisiones:

“En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al “núcleo duro” frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales.

En segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al “núcleo duro” de derechos. De este modo, se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al “núcleo duro” de la Convención”.

²⁶⁴ FREEDMAN, Diego. *Funciones normativas del interés superior del niño*. 2017. [ubicado el 25.IX.2017]. Obtenido en <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>

Lo que nos plantea el autor es la presencia de un deber estatal de velar por la protección de los derechos de los niños, buscando privilegiar sus derechos cuando estos entren en conflicto con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos.

Por otro lado, MIGUEL CILLERO²⁶⁵ entiende al Principio del Interés Superior del Niño como:

“Una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”.

Esto significa en que el deber estatal del cual antes hacíamos mención obliga a las autoridades competentes a tener siempre presente los derechos de los menores a la hora de emitir una decisión, puesto esta no debe vulnerar ni restringir derecho alguno.

En esta misma línea de ideas, es necesario tener en cuenta lo estipulado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes²⁶⁶:

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos”.

²⁶⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. 2017. [ubicado el 25.XI.2017]. Obtenido en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

²⁶⁶ Cfr. CODIGO DE LOS NIÑOS Y EL ADOLESCENTE. Op. Cit., p.7.

Esto refuerza lo antes mencionado sobre el deber de protección estatal frente a los derechos de los niños y adolescentes, en cuanto se considera que el Estado debe regirse en función a este principio.

Con todo esto concluimos que el Principio del Interés Superior del Niño al ser un principio garante, tiene como finalidad la protección de los derechos del niño y del adolescente y que ir en contra de estos conllevaría ir en contra del bienestar del menor.

- Permite resolver conflictos jurídicos. - El reconocimiento jurídico del Interés Superior del Niño, permite que este actúe como principio que facilite resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva²⁶⁷.

Es decir, al encontrarnos ante una situación en donde los menores sean sujetos activos o pasivos de una relación jurídica, deberá aplicarse la norma más favorable en favor del bienestar de los menores involucrados.

- De cumplimiento obligatorio. - El carácter jurídico del principio es de “*ius cogens*”, es decir de cumplimiento obligatorio; se presente como un principio que dirige y no solo orienta la aplicación de un determinado derecho que se encuentra en abstracto en una norma²⁶⁸.

Es decir que, el Principio del Interés Superior del Niño no sólo es aplicable de manera supletoria a falta de una norma específica,

²⁶⁷ CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima. *El Interés Superior del Niño Versus el Derecho a la Información de los Medios de Comunicación Social*. []. [ubicado el 25.XI.2017]. Obtenido en https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Interes_Superior_del_Nino.pdf

²⁶⁸ *Ibidem*. p.26.

sino que, su aplicación es de carácter obligatorio, en razón a la necesidad imperativa de salvaguardar el bienestar de los menores.

3.1.2.2. Principios del Interés Superior del Niño en instrumentos internacionales

A. Declaración Universal de los Derechos del Niño

El 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba una segunda declaración de los derechos de los derechos del niño más elaborada que la primera – con esto nos referimos a la Declaración de Ginebra a la cual hicimos referencias líneas arriba –, denominada “La Declaración Universal de los Derechos del Niño”²⁶⁹.

Esta Declaración es el instrumento internacional más importante de reconocimiento de protección a los derechos del niño. Consta de diez principios y declara en su Preámbulo que el niño necesita de protección y cuidado especial, debido a su falta de madurez física y mental, y que esa es la razón de ser de la Declaración, para que el niño pueda gozar de una infancia feliz y de los derechos y libertades enunciadas.

Entre los principios reconocidos en la Declaración²⁷⁰ y que son de importancia para el presente trabajo tenemos:

- Principio II: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la*

²⁶⁹ MELZI TAURO, Fiorella. Op. Cit. p. 44.

²⁷⁰ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 1959. [ubicado el 25.X.2017] Obtenido en <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>

consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

- Principio VI: *“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”.*
- Principio VIII: *“El niño debe, en todas circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.*
- Principio IX: *“El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. (...)”*

En estos principios observamos que al niño se le considera un sujeto de derechos que se encuentra en desarrollo, por lo cual debe gozar de una protección especial para culminar cada etapa de manera saludable y bajo los lineamientos del respeto de su libertad y dignidad.

Es precisamente esta dignidad la que debe ser tutelada por el Estado ante cualquier acto que perturbe el libre y pleno desarrollo de un menor, tal es el caso de la práctica de vientre de alquiler o maternidad subrogada.

B. Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Para la elaboración de la Convención se utilizó como marco algunos Convenios anteriores adoptados en distintas épocas: el IV Convenio de Ginebra referido a la protección de personas civiles en tiempos de guerra (1949), la Declaración sobre la protección de la Mujer y el Niño en Estados de emergencia o de conflicto armado (1974), la Declaración sobre las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (1985), la Declaración sobre Principios Sociales jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños (1986) y la Declaración Universal de los Derechos del Niño²⁷¹.

La importancia que tiene la Convención sobre los Derechos del Niño, es que goza de carácter vinculante por lo que obliga a las partes firmantes a su fiel cumplimiento. Es de esta manera que la Convención sobre los Derechos del Niño se convierte en un instrumento “destinado a la *No Discriminación, a la reafirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas, en toda la acepción y sin limitaciones (...)*”²⁷².

Es precisamente por ello que esta Convención consagra como principio fundamental al Interés Superior del Niño y en su artículo 3º se dispone que:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

²⁷¹ MELZI TAURO, Fiorella. Op. Cit. p. 45.

²⁷² CILLEROM BRUÑOL, Miguel. “Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios”, *Revista en Infancia*, N°67, octubre 1997. p.2.

Como podemos observar, la Convención da un alcance mayor a este principio, puesto si bien en la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 se disponía que este principio debía ser considerado fundamental únicamente en cuanto a la promulgación de leyes destinadas a la protección y bienestar del niño; la Convención amplía ese alcance y considera como participantes a todos aquellas que puedan emitir medidas concernientes a los niños – instituciones públicas o privadas, Tribunales, autoridades administrativas, etc. –

Otro aspecto importante que hay que resaltar de esta Convención, es la relevancia que se le da a la familia como facilitadora del bienestar y desarrollo de los menores. Incluso en su preámbulo y en el artículo 5, 10 y 18, subraya y define la función de la familia en la vida de los niños, pues identifica a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y como el entorno ideal y natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, particularmente de los niños.

En el Perú la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), fue aprobada mediante la Resolución Legislativa N.º 25278, del 3 de agosto de 1990, ratificada el 14 de agosto del mismo año. Y, en concordancia con estos principios, ha extendido la protección al niño desde antes de nacer hasta que cumple los 18 años, en que adquiere la mayoría de edad, ya que, tanto la Convención como la Declaración de los Derechos del Niño, reconocen que *"el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*²⁷³.

²⁷³ Cfr. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño

En este caso, al hablar de la debida protección legal, tenemos que hacer referencia a la doctrina de la protección integral, la cual señala que²⁷⁴:

“todo adolescente o joven infractor de la ley penal, no debe quedar al margen de la aplicación de los derechos y garantías que caracterizan el derecho penal liberal y, en virtud de su condición especial de sujeto en formación, las seguridades jurídicas no pueden sino maximizarse”.

Esto quiere decir que, al considerar al menor como sujeto de derecho, ante un acto considerado antijurídico, el Estado debe maximizar su seguridad jurídica frente al menor y tratar en todo momento de aplicar políticas sociales favorables al menor, no como un mero trata a favor; si no, que el Estado debe reconocer que este infractor no tiene la madurez necesaria para interiorizar las normas como un adulto lo haría.

Sobre este tema en particular, ESTHER FERNÁNDEZ comparte la postura antes señala y establece que²⁷⁵:

“En el ámbito penal dicho principio debe entenderse, no tanto como atención a las necesidades del menor, sino como un derecho del mismo a que se le proporcionen respuestas que favorezcan su responsabilidad y que atiendan a su especial consideración de menor de edad. (...). El menor que infringe las leyes penales es únicamente una persona en desarrollo que no ha podido interiorizar dichas normas (función motivadora de la norma), por lo que no se puede partir de la base de que ha defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto a él, sino que ni siquiera, en muchas ocasiones, la sociedad le ha dado la oportunidad de adquirir la madurez necesaria para la interiorización de estas normas”.

Queda claro que, tanto en la Declaración Universal de los Derechos del Niño como en la Convención sobre los Derechos

²⁷⁴ GARAY MOLINA, Ana Cecilia. [ubicado el 25.X.2017] Obtenido en http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C411_del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad_210208.pdf

²⁷⁵ FERNANDEZ MOLINA, Esther. “La Valoración de Interés del Menor en la LO 5/2000”, de 12 de enero, Reguladora de Responsabilidad Penal en los Menores”. Anuario de Justicia de Menores, N°2, enero 2002, p.56.

del Niño, se busca salvaguardar la integridad del menor, creando por ello, una normativa de carácter vinculante que tiene la función de brindar un lineamiento al momento de la toma de decisiones que involucren a un menor – este lineamiento está orientado a que todos los Estados participantes tomen decisiones en favor del menor –. Así mismo, si bien la aplicación es por parte de los gobiernos, también se ha tenido en cuenta que los agentes que intervienen en el proceso de desarrollo del menor juegan un papel importante – padre, profesionales de salud, profesores, investigadores e incluso los propios niños – puesto forman parte de su entorno y por ende cuentan con responsabilidades y obligaciones.

3.1.2.3. Principio del Interés Superior del Niño en el sistema legal peruano

En materia del Interés Superior del Niño, debemos mencionar a la Convención sobre los Derechos del Niño – que ya fue materia de análisis en el punto anterior –, la cual fue aprobada mediante Resolución Legislativa N°25278, del 3 de agosto de 1990 y el 14 de agosto del mismo año, en donde se reconoce al niño como sujeto de derecho al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia.

La Declaración de los Derechos del Niño – de la cual también ya hicimos referencia – la cual señala en sus principios 7 y 8 que²⁷⁶:

“el interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, pues “[e]l niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

Bajo esta estructura normativa, es necesario recalcar que corresponde al Estado mantener como premisa de acción imperativa, la atención prioritaria al Interés Superior del Niño ante las medidas

²⁷⁶ Cfr. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. Cit., p. 2.

adoptadas por instituciones públicas o privadas, así como cualquier controversia en la que se vea involucrado a los niños.

La Constitución Política del Perú señala en su artículo 4 que “[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”²⁷⁷; debiendo considerar prioritario el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos ante toda medida que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivos, Ministerio Público, entre otros.

Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga, radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral.

Otro instrumento importante es el Código de los Niños y Adolescentes, el cual precisa en su artículo I que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

En su artículo II, se establece que además de gozar de los derechos inherentes a su condición de persona humana, los niños y adolescentes tienen protección especial y derechos específicos en relación a su proceso de desarrollo y etapa de formación.

En relación con los referidos derechos, al niño y al adolescente se le reconoce en el artículo IV capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código, el Art. 3° consagra el derecho del niño a la igualdad de oportunidades que resulta fundamental dentro del marco de la doctrina de la protección integral, pues se trata de salvaguardar el derecho del niño a convertirse en adulto gozando a tal efecto de iguales oportunidades dejando de lado toda discriminación.

²⁷⁷ Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERU. Op. Cit., p. 4.

En el ámbito penal, el Código establece un procedimiento especial en su Capítulo III, determinando que, en el caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas²⁷⁸.

Son fuentes para la interpretación y aplicación del Código de los Niños y Adolescentes, los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás Convenios Internacionales sobre la materia ratificados por el Perú²⁷⁹.

La norma más reciente en esta materia es la ley N° 30467, que recoge la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en esta materia. En esta norma se define el Interés Superior del Niño (ISN) como “un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”²⁸⁰.

Asimismo, son fuentes supletorias cuando corresponda, según el Art. 7°, el Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal. La aplicación del Derecho Consuetudinario cuando se trate de niños y adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, está consagrada en el mismo Art. 7° in fine del Título Preliminar, siendo el límite las normas de orden público²⁸¹.

²⁷⁸ Expediente N° 05966-2008-PHC/TC

²⁷⁹ ALVAREZ OBLEA, Yesvi. Disparidad de criterios de los magistrados de la Corte Suprema en la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, Tesis para optar el grado de abogado, Piura, Universidad Nacional de Piura, 2017. pp. 75-78

²⁸⁰ Ley N° 30467, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30467.pdf>

²⁸¹ ALVAREZ OBLEA, Yesvi. Op. Cit., p. 79

En conclusión, el Interés Superior del Niño es un principio garante que se reconoce como uno de los principales pilares de la doctrina de la protección integral que compromete la acción preferente de las autoridades del Estado a favor de los menores de edad, el cual busca ser una norma orientadora de todas las medidas que adopten las autoridades judiciales o administrativas y que tiene como sustento la dignidad de la persona.

En este caso, la práctica del vientre de alquiler o maternidad subrogada, se vería rechazada por el Principio del Interés Superior del niño, por cuanto esta práctica representa todo lo que este principio desea proteger como, por ejemplo, la afectación a la dignidad del menor, su tratativa como mercancía intercambiable ya sea de manera onerosa o gratuita, la consideración del menor como un derecho demandado por los padres, entre otro.

3.1.3. Ejercicio abusivo del derecho

La concepción del abuso de derecho dentro de los ordenamientos jurídicos – principalmente nos interesa hablar del peruano – va a dar una orientación clara sobre los límites permisibles al momento de ejercer legítimamente un derecho; estableciendo que un acto lícito – en este caso el ejercicio de la libertad reproductiva –, puede convertirse en ilícito cuando no se pone un límite al planteamiento y uso de esta libertad.

3.1.3.1. Evolución histórica entorno al abuso del derecho

Ciertos nombramientos romanos les han servido a los autores para rechazar la figura de abuso del derecho en la experiencia jurídica romana, por ejemplo: “*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*” – se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa –, “*nemo danum facit, nisi, qui, id, fecit, quod facere ius non habet*” – ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer – y finalmente la máxima de Ulpiano “*nemin laedit, nemo damnum*

facit, qui suo iure utitur” – quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa²⁸².

Con estos enunciados se trata de contemplar la inexistencia de la figura del abuso del derecho en la vida jurídica romana por cuanto los actos realizados por los romanos, siempre que fueran realizados en ejercicio de un derecho reconocido, a nadie podían perjudicar; y si lo hacían, era un daño justificado por haber seguido el recto mandar de un derecho.

Es decir, que en el derecho romano se entendía esta figura como un medio inútil, puesto era ilógico culpar a alguien por ejercer su derecho; sin embargo, existe otra postura que afirmaría lo contrario²⁸³:

“El Derecho romano no contiene una determinación fija de los derechos subjetivos, ya que el Derecho pretoriano los amoldaba a las necesidades de la vida real mediante la invocación del fecundo principio de equidad (...); el órgano llamado a administrar justicia adaptaba permanentemente el sistema normativo a las necesidades de coexistencia”.

Si bien la figura del abuso del derecho no fue una figura de gran reconocimiento para la época, esta sí existió, por la constante necesidad de aplicar el principio de equidad en aquellos casos en los que una de las partes veía mermado su derecho, precisamente por el ejercicio legítimo del derecho de un tercero.

Para la época medieval, se considera que se sigue desconociendo esta figura normativa, sin embargo, la teoría de los actos emulativos – son la manifestación más típica de los actos abusivos del derecho de propiedad, que se centraba en el ejercicio de derechos reales y en el derecho de las obligaciones – sería el primer indicio de lo que posteriormente sería la idea del abuso del derecho. No siendo hasta

²⁸² RENGIFO GARCIA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. 2da edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 38

²⁸³ BARRIOS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurpídica de Chile, 2006. p. 122.

mediados del siglo XIX que la jurisprudencia y doctrina francesa hablarán del abuso, con motivo de la dictación del Código Napoleónico²⁸⁴.

De esta manera podemos afirmar que la teoría del abuso del derecho surge como una construcción del derecho europeo, que posteriormente sería adoptado por la normativa latinoamericana.

3.1.3.2. Explicación doctrinaria sobre el abuso del derecho

El abuso del derecho se presente para algunos autores como una contradicción, pues no resulta congruente usar la expresión “abuso del derecho” cuando nos encontramos ante un ejercicio legítimo de un derecho, pues en tal caso no puede haber abuso.

Bajo esta línea de ideas, uno de los autores que resulta crítico de esta expresión – a su entender mal empleada – es Planiol, el cual señala²⁸⁵:

“El derecho cesa, donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho por la razón irrefutable de que un mismo acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho. Puede haber abuso en la conducta de los hombres, pero ello no ocurre cuando ejercen sus derechos, sino cuando los exceden”.

Básicamente lo que plantea la crítica es que dicha expresión no resulta congruente con lo que significa esta teoría dentro de la esfera jurídica, por el contrario, establece que este “abuso” que implica un uso desmedido de una facultad normativa que me reconoce el Estado, no puede ser llamado derecho, en cuanto al considerar la existencia de un exceso, este deja de ser llamado derecho para convertirse en una infracción a la esfera jurídica de un tercero.

²⁸⁴ ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Madrid, Editorial Torra S.A., 2000. p.33.

²⁸⁵ Cfr. Romero Jauvín, Emilio. El abuso del derecho. Guayaquil, Ediciones Edipo, año 1993, pp. 11 y 12.

Sin embargo, aunque las críticas tengan fundamento, dicha expresión es generalmente admitida por la doctrina. Además, no admitir el abuso del derecho implicaría limitar la responsabilidad de las personas cuando ejerzan de manera irracional su derecho²⁸⁶.

Todo acto del hombre que la ley no prohíbe de un modo excesivo constituye el ejercicio de un derecho y es precisamente al utilizar sus facultades cuando aquél suele dañar a otro. Negar entonces la reparación sería reducir la responsabilidad civil sólo a los casos en que el acto está prohibido por la ley, y tales casos son excepcionales.

Rechazar esta teoría, equivaldría a permitir que se dañe la esfera jurídica de un tercero por estar permitido por la ley, puesto se encontraría la justificación en un actuar legítimo amparado en un marco legal que confiere aparentemente las facultades necesarias para realizar determinado acto.

Otro autor que se encuentra a favor de la existencia de la teoría del abuso del derecho es el francés SALEILLES, quien considera que²⁸⁷:

“Todo acto cuyo efecto sea causar un daño sin interés legítimo y apreciable para el que lo ejecuta, nunca puede ser el legítimo ejercicio de un derecho”.

Para este autor, nos hallamos frente al abuso del derecho, siempre que la pretensión que se hace valer no tiene por objeto satisfacer un interés jurídicamente protegido, sino por el contrario, se busca generar un perjuicio en un tercero; en este caso, la complicación sería el cómo demostrar la intención de generar el daño.

²⁸⁶ RODRIGUEZ GREZ, Pablo. El abuso del derecho y abuso circunstancial, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 194.

²⁸⁷ Cfr. HINESTROSA, Fernando. “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, Revista de Derecho Privado, N°5, enero – junio 1997, p. 13.

Ahora bien, para poder determinar la existencia del abuso en el ejercicio de un derecho, la doctrina resalta tres posturas sobre el abuso del derecho²⁸⁸.

- Postura Subjetivista. – Esa teoría tiene su origen en la jurisprudencia francesa, específicamente en las sentencias emitidas por los tribunales de Colmar (1855) y el de Lyon de 1856. La primera sentencia se refiere al caso de un propietario que edificó una chimenea de importante tamaño y de la que no se reportaba utilidad, precisamente delante de la ventana de su vecino – con quien no mantenía buenas relaciones – con el mero objetivo de bloquear el paso de la luz. El tribunal determinó en su resolución que, si bien es cierto que el derecho de propiedad es un derecho de algún modo absoluto, que autoriza al propietario al uso y por qué no al abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo²⁸⁹.

Se establece principalmente que el abuso del derecho surge o se manifiesta cuando del uso de un derecho subjetivo se obtiene como resultado el de perjudicar a otra persona, en pocas palabras que de la actuación de ese derecho no se obtenga un beneficio propio.

Para RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE²⁹⁰, el criterio intencional es el más frecuente en las aplicaciones jurisprudenciales de esta teoría, porque es este criterio –el subjetivo– el que muestra de manera más clara la ruptura del equilibrio de los intereses.

Para esta corriente habría abuso del derecho cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se haya actuado con dolo, o sea con la

²⁸⁸ MANRIQUEZ GONZALES, Vicente. Ejercicio abusivo del derecho de acción y repetición, y sus efectos en materia de libre competencia, Tesis para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2011. Pp. 29-32.

²⁸⁹ ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. Op. Cit., 34.

²⁹⁰ RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *El abuso del derecho*, Buenos Aires, EJE, 1971. p. 113

intención de dañar o perjudicar al otro, sin embargo, la crítica que se realiza es la dificultad que implica probar la intención del sujeto.

- Postura Objetiva. – También denominada como finalista o funcionalista, la corriente objetiva prescinde de la intencionalidad o falta de cuidado o carencia de interés legítimo, apuntando específicamente a la anormalidad en el ejercicio del derecho, la cual se presentará como una alteración de la finalidad o función socioeconómica a la que responde o justifica el derecho²⁹¹.

Según esta concepción, el abuso del derecho no se conceptualizará por la intención de perjudicar por parte del titular del derecho, ni por la presencia de la culpa o por la ausencia de un interés serio y legítimo, sino por la presencia de un elemento objetivo, como es el evidente ejercicio anormal de un derecho subjetivo, sin embargo, la crítica que se realiza está en base a la confusión entre el bien jurídico protegido o tutelado y aquel fin y función a la que está orientado el derecho.

- Corriente mixta. – De acuerdo a esta concepción, ambos criterios, el subjetivo y el objetivo, no se contraponen, sino más bien se complementan o combinan y la preponderante gravitación depende del punto de vista que se adopte en cada caso.

Para esta postura el acto abusivo queda perfeccionado tanto cuando existe intención de dañar (elemento subjetivo), como cuando el acto se desvía de la función social o finalidad para el que fue creado (elemento objetivo).

FERNÁNDEZ SESSAREGO²⁹² termina destacando que para estar frente a un acto abusivo, el juez debería tener en consideración la

²⁹¹ MARTÍNEZ GAITÁN, Enrique. *Abuso de derecho. Breve análisis sobre la teoría de abuso de derechos*. 2015 [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <http://www.bdlg.mx/bfetedelagarzaSC/enrique.pdf> p.8.

²⁹² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 1999. p. 138.

existencia de los siguientes factores: a) intención de dañar; b) ausencia de interés; c) si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es más dañosa para otros; d) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo; e) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca; f) si el comportamiento del agente no concilia con la finalidad económica social del derecho.

Pese a contemplar aspectos de ambas posturas antes mencionadas, se debe hacer mención a que esta postura también contempla una crítica en cuanto no existe certeza alguna sobre en qué momento a de primar alguno de los dos enfoques.

En general el abuso del derecho surge en la doctrina como una figura que trata de regular y en todo caso, sancionar el exceso del ejercicio de cualquier derecho, sin importar la fuente – sean reales, personales, patrimoniales, etc. – a la que haga referencia.

3.1.3.3. Definición del abuso del derecho

Habiendo tomado como punto de partida el aspecto doctrinario del abuso de derecho en donde se desarrollaron las tres posturas que plantean la justificación del porqué de la existencia del abuso del derecho, es necesario realizarnos la siguiente pregunta: **¿Cuándo se puede decir que el ejercicio legítimo de un derecho se torna abusivo e implica la responsabilidad de su titular?**

El ejercicio legítimo de un derecho no comporta ninguna responsabilidad para su titular, aunque se dañe a otro, porque el ejercicio legítimo de un derecho, o sea, sin dolo o culpa, no es ni puede ser fuente de responsabilidad²⁹³. Sin embargo, la manera en

²⁹³ ORREGO ACUÑA, Juan. *Del abuso de los derechos*. 2011 [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5208393471/responsabilidad_civil_abuso_de_los_derechos.pdf?t=1306472678 p.10.

que se ejerce un determinado derecho subjetivo en cuestión, resulta contraria a la armonía de la vida social que es un deber genérico de valor jurídico.

Si recurrimos a un diccionario jurídico para entender sobre lo que trata el abuso de derecho, encontramos lo siguiente²⁹⁴:

“Acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que solo en apariencia reviste un carácter de absoluto”. “Es el hecho de una persona de ejercitar, con el fin de perjudicar a otro, y, por lo tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular”.

En ese sentido, el ejercicio de todo derecho encuentra un límite en la intervención abrupta de la esfera jurídica de un tercero, resaltando que sobre los derechos en los cuales recae aparentemente la condición de absolutos, dejan de serlos, pues nos encontramos ante una situación que excede los límites jurídicamente permitidos.

Esta restricción de la condición absolutista que recae sobre los derechos subjetivos es reforzada por autores como HERNÁNDEZ VELASCO y PRADO MARTÍNEZ, al señalar lo siguiente²⁹⁵:

“En torno al principio del abuso del derecho, objetivo central del presente trabajo, fue reconocido como una norma tendiente a restringir el ejercicio absolutista de los derechos subjetivos, si se tiene en cuenta que, a la luz del liberalismo individualista imperante (...) no había restricción al uso arbitrario de los propios derechos. A la luz de los nuevos postulados, de la mano de la doctrina francesa y de pensadores como León Duguit y Josserand, se pudo dejar sentado que los derechos subjetivos son relativos y no absolutos, esto es, que no se pueden ejercer ilimitadamente, y quienes abusen de ellos en detrimento de los intereses de los demás deben responder por su conducta”.

²⁹⁴ VALETTA, María. *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Valetta Ediciones, 2007. p. 16.

²⁹⁵ HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías & PARDO MARTÍNEZ, Orlando. “La aplicación de la teoría del Abuso del Derecho en la jurisprudencia colombiana”. [ubicado el 2.VII.2017]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5015046.pdf>

En pocas palabras, puede resumirse el concepto del abuso del derecho de la siguiente forma²⁹⁶:

“cuando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta es contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí, causando daños a terceros, incurren en un acto abusivo, no ejerce su derecho, sino que abusa de él. En tal caso, el acto carece de eficacia y vincula la responsabilidad del agente por los daños causados”.

En síntesis, el abuso del derecho es una situación en la cual el sujeto titular de un derecho subjetivo adecua su conducta aparentemente a la norma que contiene su derecho, pero el ejercicio de dicho derecho resulta contrario a la moral, buena fe, buenas costumbres o simplemente no atiende al fin sociológico, político y económico que lo creó, independientemente de los fines que busque el titular de dicho derecho.

En el caso materia de análisis – maternidad subrogada y su resonancia en el tema concerniente a la libertad reproductiva, “derecho” al aborto, etc. – podemos darnos cuenta que nos encontramos efectivamente ante un abuso del derecho, por cuanto, si bien la libertad reproductiva, me permite decidir en qué momento deseo tener hijos y cuántos procrear en el transcurso de mi vida – siendo esto un acto lícito – el comercializar mi vientre para procrear hijos – que pueden ser genéticamente propios o no – que posteriormente ofreceré a terceros, atenta contra la moral, las buenas costumbres y el derecho mismo, porque es un acto que excede el derecho que me es reconocido y lesiona a su vez el derecho de un tercero, en este caso el del concebido.

²⁹⁶ MERCADO NAVARRO, Felipe. Op. Cit. p. 210.

3.1.3.4. El abuso del derecho en los sistemas jurídicos

A. Legislación Nacional

El Código Civil peruano fue el primer cuerpo legal en el mundo que se refirió expresamente al abuso del derecho. El Código de 1936 contenía el título preliminar en forma sucinta en un breve artículo: “*La ley no ampara el abuso del derecho*”²⁹⁷. Al respecto Fueyo²⁹⁸ destaca la ubicación de este artículo, ya que reiteradamente se observa su asiento en materias bien definidas, como responsabilidad, obligaciones, entre otros, con lo que no se deja espacio a duda sobre su implicancia para todas las ramas del derecho.

Al respecto, procederemos a brindar el desarrollo del antecedente jurídico que ha tenido el abuso del derecho dentro de nuestra normativa, según lo establecido por MARCIAL RUBIO²⁹⁹.

El abuso del derecho apareció en el Perú con el Código Civil de 1936 que, en el artículo II de su título preliminar, dijo simplemente: “*La ley no ampara el abuso del derecho*”. Esta disposición permaneció sin modificación alguna.

El Código de 1984 sustituyó al de 1936, y nuevamente en el artículo II de su título preliminar, consiguió la siguiente redacción: “*La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción en las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda*”.

Desde su entrada en vigor el artículo ha recibido dos modificaciones: la primera fue establecida por el Decreto

²⁹⁷ MANRIQUEZ GONZALES, Vicente. Op. cit., p. 51.

²⁹⁸ FUEYO LANERI, Fernando. *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990. p. 102.

²⁹⁹ RUBIO CORRE, Marcial. “El abuso del derecho en el Perú” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, RUBINZAL – CULZONI EDITORES, [], pp. 193-208.

Legislativo 768, promulgado el 29 de febrero de 1992, que aprobó el Código Procesal Civil y que estableció su vigencia a partir del 1° de enero de 1993. La modificación que este Código hizo al abuso del derecho contenido en el Código Civil fue la siguiente: *“La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Al demandar, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”*.

Antes que el Código Procesal Civil entrara en vigencia, el 10 de diciembre de 1992 se promulgó el decreto – ley 25.490 que hacía una modificación extensa de dicho cuerpo legislativo. Allí se estableció una nueva modificación del artículo del Código Civil sobre abuso del derecho en los siguientes términos: *“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”*.

En el aspecto procesal, al tratar sobre las medidas cautelares innovativas, el Código Procesal Civil que entró en vigencia el 1° de enero de 1993 estableció lo siguiente en su artículo 168: *“Abuso del derecho. Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable”*.

Finalmente, la Constitución Política de 1993 estableció en el último párrafo de su artículo 103. *“La Constitución no ampara el abuso del derecho”*.

Puede verse que la institución ha sido intensamente trabajada desde el punto de vista legislativo. En un primer momento el Código de 1936 establece que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso del derecho, pero en el Código de 1984 añade dos efectos que complementan el término antes mencionado,

puesto posibilita el acceso a cualquier medida que tenga como finalidad suprimir o evitar el abuso de derecho y posterior a ello poder acceder a la petición de una indemnización por daño.

Dentro de nuestra legislación, en el Código Civil, se mencionan nueve artículos que hacen referencia al abuso: 202³⁰⁰, 329³⁰¹, 414³⁰², 632³⁰³, 924³⁰⁴, 1021³⁰⁵, 1076³⁰⁶, 1738³⁰⁷, 2060³⁰⁸. Por la ubicación de los artículos, puede comprobarse que cuatro menciones se hacen en el derecho de familia, otras cuatro en derechos reales, una en contratos y dos en derecho internacional privado³⁰⁹.

Lo manifestado deja en claro que el abuso del derecho no solo se subscribe a la materia contractual, pues como vemos en el párrafo anterior esta se encuentra presente en diversas ramas del derecho. Sin embargo, debe quedar en claro que no solo por el hecho de ser mencionado en ciertos artículos signifique que solo podrá ser regulado en base a estas materias, puesto se debe

³⁰⁰ CODIGO CIVIL PERUANO ART. 292: “(...) Si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos a que se refiere este Artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado” [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

³⁰¹ Cfr. CODIGO CIVIL PERUANO ART. 329: “Además de los casos a que se refieren los Artículos 295° y 296°, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa (...)” Op. Cit., p. 141.

³⁰² Cfr. CODIGO CIVIL PERUANO. ART. 414: “(...) También tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción” Op. Cit.,

³⁰³ Cfr. CODIGO CIVIL PERUANO ART. 632. Inciso 4: “Los hijos de la persona que por abuso de la patria potestad de lugar a su formación” Op. Cit., p. 251.

³⁰⁴ Cfr. CODIGO CIVIL PERUANO ART. 924: “Aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados” Op. Cit., p. 341.

³⁰⁵ Cfr. CODIGO CIVIL PERUANO ART. 1021 inciso 6: “Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso el juez declara la extinción” Op. Cit., p. 357.

³⁰⁶ Artículo derogado.

³⁰⁷ Cfr. CODIGO CIVIL PERUANO ART. 1738: “Emplear el bien para el uso determinado en el contrato o, en su defecto, según la naturaleza del mismo y la costumbre, siendo responsable del deterioro o pérdida provenientes del abuso” Op. Cit., p. 543.

³⁰⁸ Cfr. CODIGO CIVIL PERUANO ART. 2060: “La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al orden público del Perú” Op. Cit., p. 682.

³⁰⁹ RUBIO CORRE, Marcial. *El título preliminar del Código Civil*, Lima, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. pp. 40-41.

recordar que cualquier ejercicio excesivo de un derecho subjetivo que interfiera de manera negativa en la esfera jurídica de un tercero, es materia de análisis para determinar si efectivamente nos encontramos ante el ejercicio abusivo de un derecho.

Este ejercicio excesivo que se califica como abuso del derecho es un acto en principio lícito, es decir, que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico del que trate. Sin embargo, este acto ilícito contrario al espíritu o los principios del derecho en el transcurso de su ejecución configura una laguna del derecho que debe ser resuelta por el juez ante la carencia de una disposición restrictiva o prohibitiva específica que impida el acto tal como se realiza³¹⁰.

De la lectura se plantea, que al no encontrarse tipificado expresamente cuándo o en qué circunstancia el ejercicio de un derecho se torna abusivo – salvo en los artículos mencionados en los párrafos precedentes – se genera una laguna del derecho que necesariamente deberá ser resuelta por el Juez, para lo cual deberá agenciarse de los diversos documentos normativos que le permitan cumplir con su misión de administrar justicia.

En nuestra legislación peruana, se reconoce la existencia de las lagunas de derecho y exige al juez una solución jurídica. Esta norma se encuentra en el artículo VIII del título preliminar el Código Civil y en el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución que establece:

*“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.*

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario (...).”

³¹⁰ MOYORDOMO, Diego. “Hermenéutica de la teoría del abuso del derecho”, *Revista de la facultad de ciencias económicas y jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa*, N°2, diciembre 2013, pp. 35-54.

Esta norma prevé que puede haber situaciones de la vida que no estén debidamente reguladas por el sistema jurídico, generando defectos o deficiencias dentro del sistema jurídico, por lo que todo juez debe estar capacitado para identificarlas y darle una solución, de tal manera que no deje de administrar justicia.

Así perfilado, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el abuso del derecho asume las siguientes características³¹¹:

- Es aplicable ante el ejercicio de los derechos subjetivos por los sujetos.
- El abuso ocurre cuando el sujeto ejercita su derecho u omite su ejercicio de manera no prohibida por la legislación positiva, pero agravando principios del derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social.
- El abuso tiene así conexión con el reconocimiento de las lagunas del derecho en nuestra legislación positiva.
- La existencia del abuso y la medida correctiva pertinente son determinadas por el magistrado judicial en aplicación de los procedimientos de integración jurídica.

B. Legislación Internacional

- España. - En el Código Civil español original de 1889 no existía una norma genérica de condena al abuso del derecho. Con anterioridad sólo existían algunas aisladas disposiciones referidas a materias muy concretas, como es el caso del arrendamiento³¹².

MARTÍN BERNAL, en relación con la jurisprudencia española, apunta que ésta podría encuadrarse en una a evolución que

³¹¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., pp. 139-140.

³¹² Martín Bernal, José Manuel. *El abuso del derecho*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A, 1982, p.25.

comprende las siguientes fases: La primera fase está caracterizada por la inadmisibilidad de la teoría del abuso del derecho aplicando estrictamente el principio romano “de quien ejercita un derecho no daña a nadie”. En una segunda fase, se produce la admisibilidad indirecta del abuso del derecho, a base de relativizar y reducir a sus justos límites la aplicación que venía haciéndose de la máxima romana antes indicada. En una tercera fase se plasma el reconocimiento y admisibilidad directa de los fundamentos y sistemática general del abuso del derecho. En la cuarta fase, se reiteran, complementan y actualizan los principios básicos del abuso del derecho³¹³.

A diferencia del Perú en donde el abuso del derecho ha venido generando mejoras legislativas desde su incorporación en el Código Civil de 1936, la normativa española, ha venido formado el concepto de abuso del derecho desde una perspectiva de negación de su existencia, para posteriormente reconocerla de manera indirecta y finalmente desde un punto de vista de necesidad, llega a incorporarla dentro de su ordenamiento.

Esta necesidad a la que hago referencia se debe a la importancia de la finalidad que cumple la doctrina del abuso del derecho, el cual es debidamente establecido por TÓMAS OGAYAR³¹⁴ en su discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación:

“La finalidad de la doctrina del abuso del derecho es la de impedir que el texto literal de la ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia, o, lo que es igual, que frente al contenido ético y al espíritu objetivo de la norma legal no prevalezcan las maniobras tendentes a lograr un resultado opuesto al perseguido por ella”.

³¹³ Martín Bernal, José Manuel. Op. cit., pp. 100-107.

³¹⁴ OGAYAR AYLLON, citado por Martín Bernal, José Manuel. Op. cit., p. 107.

Por tanto, al encontrarnos frente a una sociedad que necesitaba de la regulación del abuso del derecho, a partir del año 1974 se incorpora una nueva disposición en el artículo 7, ubicado en el título preliminar el Código Civil español, el cual dispone:

“Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.

Referido precepto, no se aleja de nuestra legislación nacional, puesto que se reconoce al abuso del derecho como un ejercicio contrario a las normas generales de convivencia social – refiriéndose al ejercicio antisocial – y, por tanto, los tribunales deben restringir o prohibir esa particular manera de ejercitar el derecho.

- Alemania. -El Código Civil alemán de 1900 incorpora en su texto, hasta dos párrafos referidos a la condena, si bien limitada, del abuso del derecho. Este código introduce el supuesto de abuso del derecho en su artículo 226. En este numeral se prescribe: “No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda causar perjuicio a otro”. La disposición es, como se aprecia sumamente restrictiva, ya que exige que tenga como única y exclusiva finalidad el causar un perjuicio a otro. Es decir que el acto abusivo no puede tener, simultáneamente, otro u otros propósitos. El requisito contenido en el texto del artículo 226 hace muy difícil cumplir, en la práctica, con el supuesto de la ley, ya que en la mayoría de los casos es muy probable que pueda demostrarse que, al lado del propósito de perjudicar a otro, se presentan otras

finalidades diversas pretendidas también por el agente de manera conjunta³¹⁵.

-

A manera de crítica de la referida disposición y siguiendo el lineamiento de Sessarego, resulta incomprensible la finalidad de considerar abuso de derecho sólo a aquellos actos cuya finalidad sea generar un perjuicio a un tercero, teniendo en cuenta que con ello se busca cumplir con una finalidad exclusiva, en cuyo caso la concurrencia de diversas finalidades podría llevar a considerar otra figura distinta al abuso del derecho – no pudiendo cumplir con la finalidad que la doctrina en general le da a esta teoría –.

Al respecto, Fueyo considera que la disposición 226 del Código Civil alemán, aparece como escasa o pobre en nuestros días y para la nación jurídica de primer plano de la cual procede³¹⁶.

El otro artículo que se refiere a esta materia es el 826 del Código Civil alemán el cual prescribe:

“El que de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación”.

El fundamento, en este caso, consiste en un atentado intencional, pero a la vez, contrario a la moral, que es la interpretación más frecuente de lo que se pretende significar con la expresión buenas costumbres³¹⁷.

La última disposición mencionada en concordancia con la legislación nacional, coinciden en cuanto a la posibilidad de la petición de inseminación – reparación – cuando se hace frente a un perjuicio generado por un tercero.

³¹⁵ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., pp. 210-211.

³¹⁶ FUEYO LANERI, Fernando. Op. cit., p. 277.

³¹⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., pp. 212-213.

A manera de conclusión es necesario mencionar que, en este apartado, se ha podido lograr identificar que el uso irracional e ilimitado del derecho a la libertad reproductiva es la causa fundamental de la creación de “nuevos” derechos que surgen con la finalidad de servir como soporte para legalizar la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler. Esta extensión genera afectación a la dignidad de los involucrados – concebido, madre gestante y los padres que recibirán a la criatura al nacer – pese a ello dentro de nuestra jurisprudencia observamos sentencias que no resguardan en su totalidad el derecho a la vida del concebido y por el contrario favorecen el “derecho” a la libertad sexual y reproductiva de las personas – derechos que no son reconocidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico –. En general, esta exaltación desmedida de estos derechos que surgen del derecho a la libertad reproductiva termina recayendo en un ejercicio abusivo del derecho por cuanto no tienen en consideración la afectación a la esfera jurídica de terceros – siendo en este caso el principal afectado el concebido –.

3.2 IMPORTANCIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE FAMILIA Y RECOMENDACIÓN

Cuando hablamos de políticas públicas, en palabras de GUY PETERS³¹⁸, nos referimos a las “sumas de actividades de gobierno que tienen influencia en la vida de los ciudadanos, realizadas de forma directa o mediante agentes”, adicionalmente, dichas acciones “dan origen o forman un patrón de comportamiento de gobierno y de la sociedad”³¹⁹.

De esta forma, podemos inferir que las políticas públicas están conformadas por mecanismos, estrategias, procedimientos, programas, leyes, etc., que generan una

³¹⁸ TIMANÁ KURÉ, Carlos, *¿Es posible una perspectiva familiar en las políticas públicas?* [I]. . [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en: <https://ucsp.edu.pe/imf/investigacion/articulos/es-posible-una-perspectiva-familiar-en-las-politicas-publicas/>

³¹⁹ AGUILAR VILLANUEVA.L. Marco para el análisis de políticas públicas, Políticas Públicas y democracia en América Latina, del análisis a la implementación, México, Miguel Ángel Porrúa, 2005. p.13.

etapa de acción, seguimiento y evaluación de la acción pública del Estado, con la finalidad de alcanzar los objetivos propuestos en beneficio de la sociedad. Entonces, cuando hablamos del enfoque hablamos del modo de hacer del Estado.

En la documentación internacional y en las prácticas internacionales, existen diversos enfoques o perspectivas de llevar a cabo las políticas públicas y que tienen implicaciones importantes para la obtención de los resultados esperados de la política. Entre los enfoques aprobados por nuestro Estado, tenemos el enfoque de derechos humanos, de intergeneracionalidad, de interculturalidad, de género, etc.³²⁰

Ahora bien, en la actualidad existen ciertos problemas que aquejan a la sociedad – la desigualdad, desnutrición, embarazo adolescente, violencia de género, etc. – y por ende se hace necesario la implementación de políticas públicas para contrarrestar esta problemática. Sin embargo, de los enfoques adoptados por el Estado, nos falta un enfoque orientado principalmente en la familia, pues recordemos que esta es *el pilar del tejido social y base estratégica para el desarrollo económico y social*³²¹.

En efecto, la familia al ser el primer espacio de socialización y formación de la identidad de la persona, de desarrollo de afectos, valores, aprendizaje de las normas sociales, esta puede contribuir en la formación de ciudadanos más respetuosos de los derechos humanos.

Incluso, la Constitución Política del Perú, la ubica como objeto de protección por parte de la comunidad y del Estado³²². En los tratados internacionales de Derechos Humanos la consideran el *elemento natural y fundamental de la sociedad*³²³; por su parte, el Código del Niño y Adolescentes reconoce el derecho a tener una familia.

En este sentido, la justificación para considerar el interés del Estado de optar políticas orientadas a la inclusión de familia es que esta debe ser considerada como

³²⁰ VALDIVIESO LOPEZ, Erika. *El problema del “género”*. 2018. [ubicado el 3.VII.2019]. Obtenido en <https://legis.pe/problema-genero-erika-valdivieso-lopez/>

³²¹ BALBUENA MARTÍNEZ, Juan. *La familia, núcleo básico de la sociedad y reflejo de las condiciones de vida de la población*. []. [ubicado el 3.VII.2019]. Obtenido en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5654256.pdf>

³²² DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1948. [ubicado el 3.VII.2019]. Obtenido en https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

³²³ *Ibidem*.

“sujeto de derecho” – es decir, como una realidad que amerita una atención particular y específica³²⁴ –, teniendo siempre como principio rector, una labor orientada al bien común (principio de subsidiariedad).

Pues bien, la importancia de optar por políticas públicas con enfoque de familia va directamente relacionado con la conversión de una política aislada a una integral, por cuanto la familia está orientada a una *solidaridad de vida*³²⁵, en donde todos sus recursos y esfuerzos siempre van direccionados al bienestar común.

Entonces, el Enfoque de Familia, establece que³²⁶:

“las políticas públicas y privadas, como también de los programas de trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, que considera que las estructuras y dinámicas de funcionamiento de las familias son fundamentales para el desarrollo y el bienestar de los individuos y de la sociedad”.

Es decir, se entiende a la familia como la institución más importante dentro de la sociedad, puesto esta se presenta como intermediaria entre el Estado y sus ciudadanos.

Para THEODORA OOMS³²⁷, lo que implica impulsar una perspectiva de familia en el ámbito de las políticas públicas, significa la interacción de seis componentes:

- Conocer las tendencias y circunstancias propias de la realidad familiar; es decir, se debe recolectar información sobre las diferentes necesidades de la familia en sus aspectos económicos, sociales, demográficos, etc.
- Comprender las distintas funciones y circunstancias propias de la realidad familiar; es decir, tener en claro la dinámica de las familias dentro y fuera de su entorno.

³²⁴ VALDIVIESO LOPEZ, Erika. *El enfoque de familia en las políticas públicas*. 2017. [ubicado el 3.VII.2019]. Obtenido en https://conapfam.pe/profamila/el-enfoque-de-familia-en-las-politicas-publicas/#_ftn1

³²⁵ PLIEGO, F. *Tipos de familia y bienestar de niños y adultos*, México, Pontificio Instituto Juan Pablo II para la familia, 2015, p.43.

³²⁶ Ibídem. p. 45.

³²⁷ Cfr. ARRIAGA, Irma. *Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2015, p.29.

- Análisis de la familia como variable dependiente e independiente; es decir, analizar los problemas que rodean a la familia y su forma de solucionarlas, así como su aprovechamiento de oportunidades.
- Evaluación del impacto que tienen las distintas áreas de trabajo de los gobiernos; es decir, la evaluación del desarrollo familiar frente a las políticas estatales.
- Profesionalización de los oferentes de servicio; es decir, la evaluación de desarrollo familiar frente a servicios sociales, privados, etc.
- Explicación de los valores fundamentales; es decir, establecer cuáles son los valores que identifican a la familia y que van a permitir el desarrollo de la misma.

Nos encontramos ante una política que prioriza la valorización de la familia y que considera que esta debe ser analizada en conjunto para determinar cómo es que funciona, se desenvuelve y desarrolla y recién en base a ello generar políticas que busquen abarcar el beneficio de la sociedad en general y no de individuos o ciertos grupos en particular.

En el caso materia de análisis, podemos ver que existen políticas sociales que están estructuradas en base a una dinámica grupal aislada, por cuanto buscan favorecer a ciertos sectores y dejan de lado el elemento fundamental y natural de la sociedad, como lo es la familia. En este caso podemos mencionar a la ideología de género que busca ingresar a nuestro ordenamiento jurídico los “derechos sexuales y reproductivos” y aunado a ello, otros “nuevos” derechos que atentan contra la dignidad, la vida del concebido y la familia misma.

Hechas las consideraciones anteriores, nos inclinamos por la opinión de FERNANDO PLIEGO CARRASCO³²⁸ sobre las estrategias que deben acompañar a la perspectiva de familia, las cuales tienen que ser asistenciales, educativas y preventivas.

³²⁸ PLIEGO, F. Op. Cit.

En el caso de las estrategias asistenciales, se consideraría a la familia como foco de protección, por tanto, la práctica de maternidad subrogada o vientre de alquiler no tendría cabida dentro de nuestro sistema jurídico por cuanto representa un daño directo al núcleo familiar, puesto distorsiona el concepto de familia, busca la creación de nuevos tipos de familia, la intervención de un tercer agente para la procreación de un nuevo ser, etc.

En el caso de las estrategias educativas y preventivas, podemos proponer una mayor campaña en cuanto a la cultura de adopción y la planificación familiar responsable. En cuanto esta planificación familiar, esta permitirá a las parejas que deseen tener hijos, identificar de manera oportuna los factores que generen esterilidad y seguir un tratamiento apropiado, que no afecte a la dignidad de la persona y que se encuentre por tanto regulado dentro del ordenamiento jurídico; en cuanto a aquellas personas que no desean tener hijos, impulsar las campañas de control de natalidad para conocer cuáles son los mecanismos apropiados que pueden ser usados. En esta línea de ideas, estas campañas deben ser consideradas de alcance tanto dentro de las ciudades, como en localidades aisladas que necesitan de esta información de manera precisa.

En cuanto a la cultura de adopción, debemos desarrollar primero, ¿qué entendemos por cultura de adopción? La cultura según la RAE es el conjunto de manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo³²⁹. En base a este concepto podemos decir que la cultura de adopción se basa en una costumbre de los miembros de un determinado territorio de consolidarse como familias adoptivas, ya sea porque se encuentran impedidos de tener hijos propios por factores biológicos o de manera altruista.

Entonces, entendido este concepto es correcto preguntarnos si ¿Existe una cultura de adopción en el Perú? No lo creo, a lo largo de los años no hemos podido observar campañas promovidas por el Estado, que busquen brindar información sobre las posibilidades de ser una familia adoptiva, identificar la presencia de familias dispuestas a asumir esta responsabilidad, ni mucho menos la construcción de nuevos valores que respalden esta práctica.

³²⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Ibidem.

Por el contrario, el proceso de adopción resulta extenso, puesto al no existir una cultura de adopción las primeras etapas se basan en preparar, capacitar y evaluar a los escasos candidatos que se presentan a estos procesos. Sin embargo, qué diferente serie si el Estado promoviera en las escuelas secundarias la cultura de adopción, con lo cual a futuro se tendría un mayor margen de candidatos, lo cuales, teniendo las posibilidades, se muestren interesados en contribuir con un gesto solidario. Obviándonos con ello el extenso proceso de preparación, puesto nos encontraríamos con parejas que ya cuentan con cierto grado de conocimiento sobre el tema.

Aquí también debemos de aclarar que el Estado al promover una cultura de adopción, facilita a su vez las políticas de salud antes propuestas, porque las parejas que se encuentren afectadas por temas de infertilidad recurrirían de manera inmediata al mecanismo de la adopción pues en ello esta inherente el deber imperioso de actuar de esa manera, sin tener la necesidad de recurrir a la práctica del vientre de alquiler.

En conclusión, la cultura de adopción debe iniciar desde la etapa de la adolescencia, incentivando a los menores a recurrir en un futuro a estas prácticas – siempre y cuando tengan las posibilidades necesarias – lo cual contribuiría en una mayor celeridad de las adopciones en el país, por cuanto el proceso instructivo de capacitaciones y orientación sobre temas de adopción se realizarían de manera progresiva en la sociedad.

Por último, consideramos que una de las políticas que tiene que utilizarse es la prohibición del vientre de alquiler puesto afecta a la vida del concebido, la dignidad de los involucrados y atenta contra los principios del ordenamiento jurídico, por tanto, siguiendo la línea de los límites analizados, es correcto se busque aprobar la prohibición de esta práctica.

III. Conclusiones

- El ejercicio de la libertad reproductiva permite decidir, cuántos hijos tener y cuando procrearlos, mas no plantea que en los supuestos de falta de capacidad reproductiva, se deba acudir a prácticas que lesionen el derecho de terceros. Sin embargo, bajo estas circunstancias, la sociedad busca ejercer de manera ilimitada este derecho con la finalidad de satisfacer el deseo de convertirse en padres, por lo cual exige al Estado este reconocimiento indebido por cuanto atenta contra la moral, las buenas costumbres y el derecho mismo, porque al exceder su derecho, lesiona la dignidad del concebido.
- La institución de la adopción por excepción es una medida excepcional que bajo ciertos requisitos permite la adopción del menor de edad, en este caso bajo el supuesto del “vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o adolescente por adoptar”, resulta factible la inscripción del menor a favor de los “padres adquirientes del servicio”. Por tanto, deja de ser una medida excepcional, para convertirse en un mecanismo defraudador de la ley, puesto nos encontraríamos ante la presencia de un acuerdo anticipado que tiene la intención de eludir los efectos generados por el Artículo I de la Constitución Política del Perú y el Art. 7 de la Ley General de Salud. Una vez eludidos, las partes involucradas verán afectados sus derechos y el Estado hará frente a un ejercicio desmedido del derecho a la libertad reproductiva.
- Los límites que planteamos para evitar la aceptación del vientre de alquiler dentro de nuestro ordenamiento jurídico puesto con ello se generaría un daño irreparable al mismo, a los involucrados de dicha práctica y a la institución de la familia en general son: la dignidad de la persona, el interés superior del niño y el rechazo al ejercicio abusivo del derecho – en este caso el de la libertad reproductiva –. Son precisamente estos límites los que nos brindan las garantías necesarias para prohibir dicha práctica. Sin embargo, también se requieren políticas públicas específicas que nos permitan evitar que, vulnerando estos principios, se considere o se siga realizando esta práctica.

IV. Referencias bibliográficas

Libros

ABELLAN, Fernando. Reproducción asistida y responsabilidad médica, Granada, Comares, 2001.

ABELLÁN, Fernando. Selección genética de embriones: entre la libertad reproductiva y la eugenesia. Granada, Editorial Comares, 2007.

AGUILAR GOMEZ, Emilio José. Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer: una mirada de la norma constitucional colombiana, Cartagena, Universidad Libre Sede Cartagena, 2010.

AGUILAR VILLANUEVA.L. Marco para el análisis de políticas públicas, Políticas Públicas y democracia en América Latina, del análisis a la implementación, México, Miguel Ángel Porrúa, 2005.

ÁLVAREZ, Silvina. El feminismo radical, Alianza Editores, Madrid, 2005.

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Editorial Tecnos, 2012.

APARISI, Ángela y BALLESTEROS, Jesús. Por un feminismo de la complementariedad, Navarra, EUNSA, 2002.

ARRIAGA, Irma. *Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2015.

ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Madrid, Editorial Torra S.A., 2000.

AYUSO MURILLO, Diego. Enfermería Familiar y comunitaria: actividad asistencial y aspectos éticos- jurídicos. Madrid, Díaz de Santos, 2015.

BARRIOS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurpidica de Chile, 2006.

BARTOLIN ESPARZA, Marcelo; RODRIGUEZ ALCOCER, Adrián y PEREZ HERNÁNDEZ, Cándido. Maternidad subrogada: Explotación de mujeres con fines reproductivos [EMFR], México D.F., Mujeres Independientes en Acción A.C, 2014.

BEAUVOIR, Simone. El segundo sexo, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1962.

BOFF, Leonardo. Visión ontológica-teológica de lo masculino y lo femenino, Barcelona, Convergencia, 1974.

BURGGRAF, Jutta. Hacia un nuevo feminismo para el siglo XXI, San José, Editorial Promesa, 2001.

CABRON, A. Derechos fundamentales y reproducción asistida, Madrid, Trotta, 2001.

CALVO, María. “Alteridad sexual: razones frente a la ideología de género”. Primera Edición, Madrid, Ediciones Palabra, 2014.

CANO, R. Maternidad subrogada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.

CARCABA FERNÁNDEZ, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana, Madrid, Editorial Bosch, 1995.

CARNOT, Edith y CARNOT, J. EL libro de la joven: al servicio del amor, Barcelona, Editorial Herder, 1983.

CARRILLO SALCEDO. Juan Antonio. Derecho Internacional Privado, Madrid, Editorial Tecnos, 1983.

CASTAÑO CARDONA, Ramiro. Historia de Roma y del derecho romano, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2006.

CASTILLO CÓRDOVA, Grenara. Apuntes de Antropología Filosófica, Piura, UDEP, 2000.

CECILIA Y DE MIGUEL, ANA. Teoría feminista: de la ilustración a la globalización, Madrid, Minerva Ediciones, 2005.

CORREA ARROYO, Claudio. Psicología homoparental. Madrid, EDERSA, 2015.

DE JESUS CASTALDI, Ligia y OVIEDO ALVAREZ, Jorge. “El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación in vitro): La redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana” en Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro, Querétaro, Centro de investigación social avanzada A.C., 2016.

DOMÉNECH MIRA, José. Aproximaciones al enigma humano. Reflexiones Humanistas y Científicas II, Madrid, Visión Libros, 2013.

DURAN Y LALAGUNA, Paloma. Sobre el género y su tratamiento en las Organizaciones Internacionales, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007.

ELOSEGUI ITXACO, María. Diez temas de género. Hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002.

ESPEZÚA SALMÓN, Boris. La protección de la dignidad humana (Principio y derecho constitucional exigible), Arequipa, Editorial Adrus, 2008.

FERNADEZ REVOREDO, Marisol y ALCANTARA FRANCIA, Olga, en *Código Civil Comentado*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2017.

FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita, Madrid, Dykinson, 2011.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 1999.

FUEYO LANERI, Fernando. *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

GALMARINI, Marco Aurelio, La historia de las mujeres, Madrid, Taurus, 2001.

GONZALES, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid, Dykinson, 2013.

HAALAND MATLÁRY, Janne. El tiempo de las mujeres: Notas para un nuevo feminismo, Madrid, Ediciones Rialp, S.A, 2000.

HURST, Jane. La Historia de las Ideas sobre el Aborto en la Iglesia Católica: lo que no fue contado. Montevideo, católicas por el derecho a decidir, 1998.

LOPEZ DE LA VIEJA, María, Feminismo: Del Pasado al Presente, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2000.

LOPEZ GARCÍA, Guillermo. El aborto. Análisis crítico de la situación actual, Navarra, Universidad de Navarra, 1975.

LUCAS VERDU, Pablo. Teoría de la Constitución como ciencia cultural. Significado, función y finalidad de una teoría de la Constitución, Lima, Universidad de San -martín, 1996.

Martín Bernal, José Manuel. El abuso del derecho, Madrid, Editorial Montecorvo S.A, 1982.

MARTIN GAMERO, A. Antología del feminismo, Madrid, Alianza Editorial, 1975.

MARTORELL Jordi, Razón y Evolución, Madrid, Editorial Fundación Federico Engels, 2008.

MELGAR RIMACHI, Adriana. “Apuntes sobre el rol del Tribunal Constitucional peruano como intérprete convencional en el control difuso de convencionalidad. XI Jornadas Internacionales de Derecho Natural”, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, agosto 2015.

MELZI TAURO, Fiorella. Los Derechos Sexuales y Reproductivos, Derechos Humanos de las y los adolescentes, Perú, Ediciones Nova Print S.A.C., 2014.

MERLYN SACOTO, S. Derecho y Reproducción Asistida: Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en el Ecuador, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2006.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Edición Graficas Yagues, 1973.

MOLINA, Alejandro. La fecundación artificial en el IX Congreso Mundial sobre derecho de familia, Buenos Aires, el Derecho, 1997.

NAVARRO FERRER, Ana. Feminismo, familia, mujer, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1982.

PLIEGO CARRASCO, FERNANDO. El debate cultural del siglo XXI en 13 países democráticos, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2015.

PLIEGO, F. *Tipos de familia y bienestar de niños y adultos*, México, Pontificio Instituto Juan Pablo II para la familia, 2015.

RENGIFO GARCIA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. 2da edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

REYES SALVADOR, J. Diario de una fecundación in vitro: Como sobrellevar un tratamiento de reproducción asistida, Madrid, S.A. EDICIONES B, 2007.

RODRIGUEZ GREZ, Pablo. El abuso del derecho y abuso circunstancial, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *El abuso del derecho*, Buenos Aires, EJE, 1971.

ROJAS ALVITEZ, Karla. La Filiación Paterna en la Reproducción Humana Asistida. Chiclayo, Editorial Palabra, 2006.

RUBIO CORRE, Marcial. *El título preliminar del Código Civil*, Lima, Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

RUIZ GIMÉNEZ, J. Comentarios a la Constitución Española de 1978, Madrid, EDERSA, 1996.

RUIZ-GIMÉNEZ, CORTÉS. *Comentarios a la Constitución de 1987*, Madrid, Edersa, 1997.

SAGRADA BIBLIA. Versión oficial de la Conferencia Episcopal Española, Madrid, Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. 2011.

SALGADO GONZÁLEZ, Sebastián. El ideal de ciudad justa. Serie histórica de la filosofía, Madrid, DUERERÍAS, 2012.

SAMBRIZZI, Eduardo. La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *Retos Jurídicos de la Bioética*, Madrid, Ediciones Internacionales universitarias, 2005.

SHULAMITH, F. La dialéctica del sexo, Barcelona, Editorial Kairos, 1976.

SUÁRES LLANOS, María. Teoría Feminista, Política y Derecho, Madrid, Dykinson, 2002.

TORRES FLOR, Ana Lucía. Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2014.

TOVAR, Antonio. Un libro sobre Platón, Madrid, Espasa-Calpe, 1956.

TRILLO FIGUEROA MARTINEZ-CONDE, Jesús. La ideología de género, Madrid, Manos Libres, 2009.

UGARTE CATALDO, José Luis. “La simulación laboral del artículo 478: un Caso de Fraude a la Ley”, Boletín oficial dirección del trabajo, SN, junio 2003.

VALETTA, María. *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Valetta Ediciones, 2007.

VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de la Familia: derecho de filiación*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, Diario La Ley, N° 7608, abril 2011.

VELA SANCHEZ, A. “Propuesta de regulación del Convenio de Gestación por sustitución o de la maternidad subrogada en España”, Editorial la Ley, N° 7621, julio 2011.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. *“El acto jurídico en el Código Civil Peruano”*, 7ma. Ed., Lima, Cultura Cuzco Editores, 1987.

VILLAGOMEZ, M. *Régimen Jurídico sobre la Maternidad Subrogada en el Ecuador*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2007.

ZANNONI, E. *Código Civil y leyes complementarias*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1986.

Obras publicadas por una institución

COMISIÓN NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL. Justicia Constitucional, Mujeres y Género, Bogotá, Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, 2011.

MINISTERIO DE SALUD. Salud reproductiva y la atención de la salud reproductiva, Lima, MINSA, 2005.

MINISTERIO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE GUATEMALA. Igualdad de género y empoderamiento de las mujeres en el marco del cumplimiento de los objetos de desarrollo del milenio, Guatemala, SEGEPLAN, 2010.

ORGANISMO MUNDIAL DE SALUD. Planificación familiar, un manual mundial para proveedores, Madrid, OMS, 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, Montevideo, OMS, 2012.

Tesis

ALVAREZ OBLEA, Yesvi. Disparidad de criterios de los magistrados de la Corte Suprema en la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, Tesis para optar el grado de abogado, Piura, Universidad Nacional de Piura, 2017.

GOMEZ DOUENEL, Luis Felipe. La aplicación de la teoría de actos propios en materia laboral, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, P.U.C.P., 2015.

HERNANDEZ EUCEDA, Rosa. La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación jurídica, Tesis para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas, El Salvador, Universidad del Salvador, 2003.

LAGOS CORREA, Lisbeth. Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos Jurídicos sobre infertilidad en el Perú, Tesis para optar el grado de abogado, Cajamarca, Universidad Privada del Norte, 2017.

MANRIQUEZ GONZALES, Vicente. Ejercicio abusivo del derecho de acción y repetición, y sus efectos en materia de libre competencia, Tesis para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2011.

ORBEA CORRALES, Byron. Derechos contenidos en la Maternidad Subrogada, Tesis para optar el grado de Licenciado, Quito, Pontifica Universidad Católica del Ecuador, 2012.

PELE, Antonio. Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana, Tesis para obtener el grado de Doctor, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2006.

VALDIVIESO CARIOLA, María Ignacia. Derechos Sexuales y Reproductivos en la Atención Primaria de Salud, Tesis para optar el grado de Sociólogo, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2015.

ZEGARRA FLORES, Margarita. María Jesús Alvarado: la construcción de una intelectual feminista en Lima, 1878-1915, Tesis para optar el grado de magíster en historia, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 2011.

Artículos de revista

BERCOVITZ RODRIGUEZ, R. “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil Revista Doctrinal*, N°3, julio 2011.

CAMPOLLI- VÉLES, Beatriz. “La ideología de Género en Colombia”, *Revista Jurídica de la Sabana*, N° 6, mayo 2013.

CANO, María. “Maternidad subrogada”, *Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, N° 2, diciembre 2001.

CILLEROM BRUÑOL, Miguel. “Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios”, *Revista en Infancia*, N°67, octubre 1997.

CURIEL CALLEJA, Luis Antonio. “Ideología de género: de la Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín a la propaganda del Ministerio de Igualdad Español”, *Revista Española* N°24, junio 2011.

DEPARTAMENTO DE SALUD REPRODUCTIVA E INVESTIGACIÓN ORGANIZACIONAL MUNDIAL DE LA SALUD. “Hoja informativa sobre la seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia”, *Revista de la Organización Mundial de Salud*, N°1, 2010.

FERNANDEZ MOLINA, Esther. “La Valoración de Interés del Menor en la LO 5/2000”, de 12 de enero, Reguladora de Responsabilidad Penal en los Menores”. *Anuario de Justicia de Menores*, N°2, enero 2002.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El concebido en la doctrina y en la legislación peruana del siglo XX del Código Civil de 1936, *Revista Jurídica del Perú*, N° 15, junio 1998.

GONZALEZ LABRADOR, Ignacio y MIYAR PIEIGA, Emilia. “Consideraciones sobre planificación familiar: métodos anticonceptivos” *Revista Cubana de Medicina General Integral*, N° 4, agosto 2015.

HINESTROSA, Fernando. “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, N°5, enero – junio 1997.

LACADEMA, Juan Ramón. “Bioética global, concepto global de bioética y manipulación genética”, *Revista latinoamericana de Bioética*, N° 2, septiembre 2002.

LALANNE, Guillermo. “Economía de opción y fraude de ley en el derecho tributario”, *Revista Instituto peruano de Derecho Tributario*, N°44, abril 2006.

LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona humana”, *Revista ius et veritas*, N° 21, septiembre 2000.

LOPEZ PARDINA, Teresa. “Beauvoir, la filosofía existencialista y el feminismo”, *Instituto de Investigación Feminista UCM*, N° 1, junio 2009.

LOPEZ. CONTRERAS, R.E. “Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, N°13, marzo 2015.

MAINETTI, José Alberto. “El renacimiento de la bioética en el siglo XXI”, *Revista latinoamericana de Bioética*, N° 2, septiembre 2002.

MANSILLA Y MEJÍA, María Elena. “Fraude a la ley: *fraus legis facta*”, *Revista Cultura Jurídica*, N° 1, febrero 2011.

MARTINEZ MARTINEZ, V. “Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México”, *Revista Dikaion*, N° 2, noviembre 2015.

MIRANDA – NOVOA, Martha. “Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género”, *Revista de la Universidad de La Sabana*, No 2, diciembre 2012.

MORAN, C y GONZALES, M. “Los acuerdos de maternidad subrogada. A propósito del primer caso sobre el tema resuelto por la Corte Suprema”, *Revista Jurídica Thomson*, N°7, octubre 2013.

MOYORDOMO, Diego. “Hermenéutica de la teoría del abuso del derecho”, *Revista de la facultad de ciencias económicas y jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa*, N°2, diciembre 2013.

NIKKEN, Pedro. “La protección de los derechos humanos haciendo efectivo la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH* N° 52, diciembre 2010.

PÉREZ, G. y CANTORAL, K. “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano: una propuesta legislativa desde la Academia”, *Revista boliviana de derecho*, N° 17, noviembre 2014.

PERONA, J. “El feminismo americano de post-guerra” *Revista de Filosofía, Derecho y Política* N°9, enero 2009.

PRENDES LABRADA, Mariela, GUIBERT REYES, Wilfredo y otros. “Riesgos preconcepcional en la consulta de planificación familiar”, *Revista Cubana de Medicina General Integral*, N° 4, agosto 2015.

QUISPE REMÓN, Florabel. “La fecundación in vitro: una visión desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Natural* N° 65, julio 2013.

SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa y VASALLO CRUZ, Kathya. “La ideología de género en el derecho peruano y en sus políticas públicas”, *IUS Revista de Investigación de la facultad de derecho*, N° 10, agosto 2015.

SCOLA, Angelo, “La Encíclica *Evangelium Vitae* de Juan Pablo II. A 15 años de su publicación”, *Revista de Antropología y Cultura Cristiana* N° 24, marzo 2011.

SENDÓN DE LEÓN, Victoria. “El mundo clásico en la literatura femenina de vanguardia”, *Revista internacional de culturas y literaturas*, N° 1, septiembre 2009.

TAVARA, Luis. “El aborto como problema de salud pública en el Perú”, *Revista Salud Pública*, N° 4, octubre 2001.

TORRECUADRADA GARCÍA LOZANO, Soledad. “El interés Superior del Niño”, *Anuario Mexicano de Derechos Internacional*, N° 16, agosto 2016.

VALCÁRCEL, Amelia, “¿Es el feminismo una teoría política o una ética?”, en *Debate Feminista Año 6*, vol. 12, México D.F, octubre 1995.

VASQUEZ REBAZA, Walter Humberto. “Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano”, *Cuaderno de Trabajo del CICAJ*, N°9, 2013.

VASSALLO CRUZ, Kathya. “De-construcción histórica del feminismo: ¿Un atentado ideológico planificado contra la familia?”, *Revista de Investigación Jurídica IUS*, N° 6, setiembre 2013.

Vidal Ramírez, citado por GALARZA MARIÑO, Nibya. “Determinación de filiación en los casos de maternidad subrogada”, *Boletín virtual de la Facultad de Derecho*, N° 3, septiembre 2008.

VILLANUEVA FLORES, Rocío. “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, *Revista IIDH*, N° 43, 2018.

VILLAR GONZÁLES, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, N° 14, 2014.

Recursos electrónicos

AGUILAR MONTERO, Luis. “El informe Warnock”. 2018. [ubicado el 01.III.2020].
Obtenido en:
<https://pdfs.semanticscholar.org/1d03/62c1713e075c2dba48f95f83e6195bc8e7d9.pdf>

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS.
Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño. 2008.
[ubicado el 25.IX.2016]. Obtenido en
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelni%C3%B1o.pdf>

ÁVALOS CAPÍN, Jimena. “Derechos Sexuales y Reproductivos”. 2013 [ubicado el 20.I.2020]
Obtenido en:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/38.pdf>

BALBUENA MARTÍNES, Juan. *La familia, núcleo básico de la sociedad y reflejo de las condiciones de vida de la población*. []. [ubicado el 3.VII.2019]. Obtenido en
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5654256.pdf>

BIOCHILE. Ingresan proyecto de ley que regula los vientres de alquiler en Chile. 2017. [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en:
<http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2017/11/29/ingresan-proyecto-de-ley-que-regula-los-vientres-de-alquiler-en-chile.shtml>

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

CASACIÓN N° 563-2011-LIMA [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES>

CASTRO AVILÉS, Evelia Fátima. *El Interés Superior del Niño Versus el Derecho a la Información de los Medios de Comunicación Social*. []. [ubicado el 25.XI.2017]. Obtenido en: https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Interes_Superior_del_Nino.pdf

CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. 2017*. [ubicado el 25.XI.2017]. Obtenido en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

CODIGO CIVIL BOLIVIANO 1975. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo039es.pdf>

CODIGO CIVIL PERUANO 1984 [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. 2000 [ubicado el 25.IX.2016]. Obtenido en: <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>

COMITÉ INSTITUCIONAL DE LA BIOÉTICA. *BIOETICA*. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/59F0B1DFF4B09FFB05257D18006D362B/\\$FILE/ceboax-0105.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/59F0B1DFF4B09FFB05257D18006D362B/$FILE/ceboax-0105.pdf)

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU. 1993 [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 1969. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

CONVENIO SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO 2006 [ubicado el 25.IX.2016]. Obtenido en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

DE LA HERAS AGUILERA, Samara. “Una aproximación a las teorías feministas”, Revista de Filosofía, Derecho y Política N° 9, enero 2009. [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <http://universitas.idhbc.es/n09/09-05.pdf>

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 1959. [ubicado el 25.X.2017] Obtenido en <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1948. [UBICADO EL 25.X.2016] OBTENIDO EN HTTP://WWW.OHCHR.ORG/EN/UDHR/DOCUMENTS/UDHR_TRANSLATIONS/SPN.PDF

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1948. [ubicado el 3.VII.2019]. Obtenido en https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

DELGADO MARTINEZ, Ana Sofía. *Maternidad subrogada: problemática actual que requiere regulación*. 2017. [ubicado el 25.IX.2016]. Obtenido en <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2017/09/MATERNIDAD-SUBROGADA.pdf>

DIARIO EL CLARÍN, *Madre subrogante se niega a abortar a un bebé al que le encontraron una malformación durante el embarazo*. 2013. [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en: https://www.clarin.com/hijos/alquilo-vientre-quiso-encontraron-malformacion_0_rJhPNTKPme.html

DIARIO EL PAÍS, *Nace un bebé con la nueva técnica de tres padres genéticos*. 2016. [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en: https://elpais.com/elpais/2016/09/27/ciencia/1474989059_678680.html

DIARIO PERUANO EL COMERCIO: “El primer caso de vientre de alquiler fue resuelto por el Poder Judicial. La justicia favoreció a los padres adoptivos por sobre los biológicos, en una demanda que involucraba a dos hermanos” del 17 de noviembre de 2012 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <https://archivo.elcomercio.pe/sociedad/lima/primer-caso-vientre-alquiler-fue-resuelto-poder-judicial-noticia-1497716>

DICCIONARIO DE MEDICINA. FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA. 2000. [UBICADO EL 01.III.2019]. OBTENIDO EN: <HTTPS://WWW.CUN.ES/DICCIONARIO-MEDICO/TERMINOS/MATERNIDAD-SUBROGADA-ALQUILER-ETICA>

Exp. N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 del 19 de agosto de 2016. [Ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: http://www.justiciaviva.org.pe/new/wp-content/uploads/2016/09/Sentencia.AOE_.pdf

FERÁNDEZ, Vicente. *Esta tablilla de barro era un contrato prematrimonial de hace 4000 años*. [ubicado el 01.III.2020]. Obtenido en: <https://www.quo.es/ser-humano/a69199/contratos-prematrimoniales-en-la-antiguedad/ENCICLOPEDIA JURÍDICA>.

FREEDMAN, DIEGO. *FUNCIONES NORMATIVAS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO*. 2017. [UBICADO EL 25.IX.2017]. OBTENIDO EN <HTTPS://WWW.JURAGENTIUM.ORG/TOPICS/LATINA/ES/FREEDMAN.HTM>

GARAY MOLINA, Ana Cecilia. [ubicado el 25.X.2017] Obtenido en http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C411_del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad_210208.pdf

HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías & PARDO MARTÍNEZ, Orlando. “*La aplicación de la teoría del Abuso del Derecho en la jurisprudencia colombiana*”. [ubicado el 2.VII.2017]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5015046.pdf>

HUERTA CANALES, Pablo. Episodio 2: *¿El ataque de los clones? El derecho de asociación Vs. El fraude a la ley 2002*. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16990

INSTITUTO DE CIENCIAS PARA EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA – USAT. Informe Técnico proyecto de ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas Proyecto Ley 3839/2014-I.C. 2015 [ubicado el 25.X.2017] Obtenido en: <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-I/paper14.pdf>

IV CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. 1995 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

LAMM. Eleonor. *Gestación por sustitución: Realidad y derecho*. 2012. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

LEY DE ACOGIMIENTO FAMILIAR. [ubicado el 25.X.2017] Obtenido en <http://spij.minjus.gob.pe/Normas/textos/290114T.pdf>

LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL {Decreto Legislativo N° 128} [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/199826/DecLesg1075/52873b29-90f9-b411-e808-cf2293ff727b>

Ley N° 26842. LEY GENERAL DE SALUD. [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/284868/ley-general-de-salud.pdf>

Ley N° 30467, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30467.pdf>

LLAJA VILENA, Jeannette. *Derechos sexuales y derechos reproductivos en el Perú. Informe para el cumplimiento de la CEDAW*. 2010. [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/06/2dd_doc_diagnostico_ddssrr1.pdf

MARTÍNEZ GAITÁN, Enrique. *Abuso de derecho. Breve análisis sobre la teoría de abuso de derechos*. 2015 [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <http://www.bdlg.mx/bfetedelagarzaSC/enrique.pdf>

MERCADO NAVARRO, Felipe. *Del abuso del derecho y la mala fe en los procesos civiles* [] [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: <HTTP://WWW.PJ.GOV.PY/EBOOK/MONOGRAFIAS/NACIONAL/CIVIL/FELIPE-MERCADO-NAVARRO-DEL-ABUSO-DEL-DERECHO.PDF>

MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS. *Dignidad humana. Filosofía, bioética y derechos humanos: serie debates y nuevos desafíos*. 2010. [ubicado el 25.X.2016] Obtenido en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E4F6A6FF94D478FC05257D160074301C/\\$FILE/ceboax-0170.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E4F6A6FF94D478FC05257D160074301C/$FILE/ceboax-0170.pdf)

NAVAS GARCIA, Alejandro. *Ideología de Género, Legislación y Opinión Pública*. 2007. [ubicado el 20.V.2017]. Obtenido en: <http://maritainargentina.org.ar/wp-content/uploads/2018/01/Ideolog%C3%ADa-de-g%C3%A9nero-legislaci%C3%B3n-y-opini%C3%B3n-p%C3%BAblica-por-Alejandro-Navas-Garc%C3%ADa.pdf>

ORREGO ACUÑA, Juan. *Del abuso de los derechos*. 2011 [ubicado el 20.IX.2016]. Obtenido en: https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5208393471/responsabilidad_civil_abuso_de_los_derechos.pdf?t=1306472678

PLATÓN, *El mito de la Caverna*. [Ubicado el 25. XI. 2016]. Obtenido en https://arditiesp.files.wordpress.com/2012/10/platon_caverna.pdf

PROYECTO LEY N° 3839 – 2014. Proyecto ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidos. 2014. [ubicado el 26.X.2016]. Obtenido en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/09d2007dfb555fce05257d62005ed24b/\\$FILE/PL03839260914.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/09d2007dfb555fce05257d62005ed24b/$FILE/PL03839260914.pdf)

Resolución del Quinto Juzgado Constitucional de Lima {Expediente número 06374-2016-0-1801-JR-CI-05} [ubicado el 15.VI.2016]. Obtenido en: <http://legis.pe/wp->

content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf

RESOLUCIÓN MINISTERIAL 043-2006-JUS. 2006. [ubicado el 20.IX.2016].
Obtenido en: http://www.gacetajuridica.com.pe/servicios/normas_pdf/Julio_2006/26-07-2006/pag_325009-325136.pdf

RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 399-2001-SA/DM que amplía las Normas de Planificación Familiar, 13 de julio de 2001. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en <ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2001/RM399-2001.pdf>

RPP NOTICIAS VIRTUAL. *¿Cuántos son los días de descanso por maternidad en Perú y el mundo?* 2016 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <http://rpp.pe/politica/elecciones/cuantos-son-los-dias-de-descanso-por-maternidad-en-peru-y-el-mundo-noticia-966954>

SALDAÑA, Javier. *“La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente.”* 2010 [ubicado el 25. XI.2016]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2312/8.pdf>

STC del 02 de julio de 2019. {Exp.N° 30541-2014-0-1801-JR-CI_01}. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/P%C3%ADdora-del-d%C3%ADa-siguiente.pdf>

STC del 15 de septiembre de 2009. {Exp. N° 02005-2009-PA/TC}. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

STC del 18 de noviembre de 2014. {Exp. N° 04617-2012-PA/TC}. [ubicado el 20.I.2020] Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04617-2012-AA%20Reposicion.pdf>

STC del 20 de abril de 2006. {Expediente número 2273-2005-PHC/TC} [ubicado el 25.X.2016]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

STC del 3 de enero de 2003. {Expediente número 010-2002-AI/TC} [ubicado el 25.X.2016]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

TIMANÁ KURÉ, Carlos, *¿Es posible una perspectiva familiar en las políticas públicas?* [J]. . [ubicado el 3.XII.2017]. Obtenido en: <https://ucsp.edu.pe/imf/investigacion/articulos/es-posible-una-perspectiva-familiar-en-las-politicas-publicas/>

TORRES MALDONADO, Marco y CASTILLO FREYRE, Mario. *Vicisitudes y perspectivas en torno a la maternidad subrogada en el Perú*. 2014. [ubicado el 01.III.2020]. Obtenido en: <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/9/download/>

VALDIVIESO LOPEZ, Erika. *El enfoque de familia en las políticas públicas*. 2017. [ubicado el 3.VII.2019]. Obtenido en https://conapfam.pe/profamilia/el-enfoque-de-familia-en-las-politicas-publicas/#_ftn1

VALDIVIESO LOPEZ, Erika. *El problema del “genero”*. 2018. [ubicado el 3.VII.2019]. Obtenido en <https://legis.pe/problema-genero-erika-valdivieso-lopez/>

VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. *Para determinar el contenido de los derechos ¿tienen límite los jueces? A propósito de un caso peruano de vientre de alquiler*. 2013 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2613/1/limite-jueces-vientre-alquiler.pdf>

VALERO LANCE, Pilar. *Planificación familiar: información general y seguimiento de anticonceptivos orales*. 2013 [ubicado el 20.I.2020]. Obtenido en: <http://www.san.gva.es/documents/246911/251004/guiasap029planfam.pdf>

Legislación

Código de los Niños y el Adolescente.

Constitución Política del Perú 1993.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ley de Propiedad Intelectual - Decreto Legislativo N° 128

Ley N° 26842. Ley General de Salud.

Ley N° 30467, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño

Resolución Ministerial N° 043-2006-JUS. 2006.

Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM Normas de Planificación Familiar

Referencia jurisprudencial

Resolución del Quinto Juzgado Constitucional de Lima {Expediente número 06374-2016-0-1801-JR-CI-05}

STC del 02 de julio de 2019. {Exp.N° 30541-2014-0-1801-JR-CI_01}

STC del 15 de septiembre de 2009. {Exp. N° 02005-2009-PA/TC}

STC del 18 de noviembre de 2014. {Exp. N° 04617-2012-PA/TC}

STC del 20 de abril de 2006. {Expediente número 2273-2005-PHC/TC}

STC del 3 de enero de 2003. [Expediente número 010-2002-AI/TC]